

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Internacional Público  
y Derecho Internacional Privado**



**TESIS DOCTORAL**

**Arbitrabilidad en los litigos internacionales con indicios de cohecho y  
corrupción**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Ana María Sáez Crespo**

Director

**José Carlos Fernández Rozas**

**Madrid, 2017**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL  
PÚBLICO Y DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



# **ARBITRABILIDAD EN LOS LITIGIOS INTERNACIONALES CON INDICIOS DE COHECHO Y CORRUPCIÓN**

TESIS DOCTORAL QUE PRESENTA LA LICENCIADA

**ANA MARÍA SÁEZ CRESPO**

BAJO LA DIRECCIÓN DEL PROFESOR DR. D.

**JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS**

Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad Complutense de Madrid

Madrid, octubre 2015



*A mi amado esposo,  
el mejor compañero  
para hacer este maravilloso viaje,  
llamado vida.*



## SUMARIO

<b>Abstract</b> .....	11
<b>Introducción</b> .....	15
I. Objetivos generales y objeto de la investigación .....	15
1. El estudio de la corrupción en el ámbito de la inversión y el comercio internacional .....	15
2. Relación y efecto de la corrupción en el arbitraje internacional .....	28
II. Consideraciones en torno a la metodología utilizada .....	35
III. Plan de exposición .....	39

### **PARTE PRIMERA** **ASPECTOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN** **INTERNACIONAL**

#### **CAPÍTULO I** **LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL** **ÁMBITO INTERNACIONAL**

I. Concepto de corrupción .....	57
1. Delimitación de la figura .....	57
2. Perspectiva económica .....	61
3. Perspectiva jurídica .....	64
II. Corrupción internacional .....	68
1. La corrupción en el marco de la globalización. ....	68
2. Corrupción del funcionario extranjero y del funcionario internacional.....	71
3. Efectos de la corrupción internacional.....	74
III. Principales acciones frente a la corrupción .....	79
1. Antecedentes.....	79
2. Labor de la Organización de Naciones Unidas .....	81
3. Acciones sectoriales.....	85
A) Acción de la Organización de los Estados Americanos .....	85

B) Acción de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.....	87
C) Acción del Consejo de Europa.....	88
4. Otras actuaciones sectoriales.....	91
IV. Blanqueo de capitales .....	94
1. Delimitación de la noción .....	94
2. Tipificación .....	96
A) Acciones y declaraciones de carácter internacional .....	96
B) Aportaciones de la Unión Europea .....	99
C. Ámbito nacional: <i>USA Patriot Act</i> .....	102

## CAPÍTULO II

### LAS SOLUCIONES DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

I. El bloque normativo anticorrupción .....	105
1. Características del bloque normativo anticorrupción.....	105
2. Ley 19/ 1993 de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y disposiciones de desarrollo .....	106
A) Ámbito de la Ley.....	106
B) Desarrollo legal.....	107
C) Repercusiones del art. 344 bis b del Código Penal.....	108
3. Cooperación entre autoridades.....	109
II. Comisiones en los contratos públicos o licitaciones .....	117
1. Normativa europea sobre contratación pública .....	117
A) Ámbito objetivo de las Directivas .....	119
B) Ámbito subjetivo de las Directivas .....	125
2. Procedimientos de adjudicación .....	126
A) Tipos en presencia .....	126
B) Examen de la práctica.....	131
3. Formalización del contrato.....	135
4. Órganos de control: El Tribunal de Cuentas. ....	136
5. Abuso de información privilegiada por las autoridades y funcionarios públicos. Los Eurodelitos de manipulaciones bursátiles y abuso de información privilegiada en el mercado de valores .....	141
III. De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.....	142
1. Sujetos activos y pasivos .....	142
A) Responsabilidad de las personas jurídicas .....	142
B) Beneficio de un funcionario público o un tercero. ....	147
C) Objeto del acuerdo.....	147
2. Aspecto comercial del soborno .....	150

A) Diferencias entre este tipo de corrupción y el cohecho ....	150
B) Exención del art. 426 CP .....	152
C) Tentativa del delito.....	153

## PARTE SEGUNDA EL ÁRBITRO ANTE LOS LITIGIOS DE CORRUPCIÓN

### CAPITULO III LOS ACTORES EN LOS LITIGIOS CON INDICIOS DE CORRUPCIÓN

I. La toma de decisiones arbitrales .....	157
1. Introducción.....	157
2. Laudo CCI nº 1110 .....	158
3. Referencia a la práctica posterior.....	160
A) Aspectos generales .....	160
B) <i>Metal-Tech c. Uzbekistán</i> .....	161
II. El arbitraje con indicios de corrupción .....	166
1. Los denominadores comunes.....	166
A) La categoría de los contratos comerciales .....	166
B) <i>Siemens c. Argentina</i> .....	168
C) <i>Pey Casado c. Chile</i> .....	172
2. Consideración de los límites del propio contrato .....	180
3. El requisito del razonamiento arbitral y los Códigos operacionales en los laudos arbitrales en especial consideración en los que ado- lezcan de corrupción.....	181
A) El requisito del razonamiento en los laudos arbitrales.....	183
B) Laudos arbitrales y Códigos operacionales .....	187
III. Actitudes arbitrales en la valoración de la corrupción .....	190
1. Posiciones en presencia .....	190
2. Tendencia represiva.....	192
A) El papel del árbitro represivo.....	193
B) Sanción arbitral de la corrupción en base a la moral y el orden público.....	195
3. Tendencia permisiva o indiferente. El punto de vista del árbitro en materia de corrupción.....	196
4. Últimas tendencias en materia de corrupción. La tendencial lega- lista.....	199
A) Aspectos generales.....	199
B) <i>TSA Spectrum De Argentina S.A. c. la República Argentina</i>	200



5. Balance de las tendencias de los tribunales arbitrales.....	217
VI. Responsabilidad de los Estados por actos de corrupción.....	220
1. De la cuestión de la responsabilidad internacional.....	220
2. Trato de asimetría o diferencia entre las partes por actos de corrupción.....	222
3. Obligaciones y responsabilidades de un Estado en el Arbitraje internacional de inversiones .....	225
A) El arbitraje de inversión como un “subsistema” de la responsabilidad del Estado.....	225
B) La responsabilidad del Estado frente a la responsabilidad individual.....	228
C) Análisis de los principales laudos del arbitraje de inversiones en materia de responsabilidad.....	229
4. Alegación de la responsabilidad del Estado por la corrupción en el arbitraje internacional.....	235
5. La responsabilidad del estado y la corrupción transnacional ...	246
A) Responsabilidad del Estado receptor de la inversión.....	246
B) Laudo CCI No 9333.....	249
C) Referencia a los trabajos de la CDI.....	254

#### CAPÍTULO IV

#### VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE CORRUPCIÓN

I. Problemas relativos a la separabilidad .....	257
1. Alcance del postulado.....	257
2. Situaciones en presencia.....	260
3. Laudo CCI n° 3916.....	262
II. Validez de un acuerdo de arbitraje en casos de corrupción.....	265
1. Aspectos generales.....	265
2. Corte Penal Internacional caso no. 1110 de 1963: El laudo Lagergren .....	267
3. La solución Lagergren: los contratos inmorales “no son susceptibles de arbitraje” .....	274
III. Obligación de los tribunales arbitrales de investigar la corrupción	276
1. Límites de la obligación.....	276
2. <i>African Holding Company of America y Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. la República del Congo.</i> ..	283
3. Medición del grado del carácter ofensivo de la corrupción....	291
4. Balance sobre la cláusula arbitral y la corrupción.....	297

## CAPÍTULO V ALEGACIÓN DE CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

I. Introducción.....	299
II. Denuncias de corrupción no suelen ser casi nunca determinantes en la resolución del arbitraje.....	300
1. Aspectos generales.....	300
2. <i>DESONA c. México</i> .....	301
3. <i>Inceysa c. El Salvador</i> .....	305
4. Diferencia de tratamiento de la corrupción en el arbitraje comercial internacional del arbitraje internacional de inversiones.....	316
III. Tipología de los supuestos de corrupción .....	323
1. Suscitados por el Estado receptor como defensa a la demanda planteada por la otra parte.....	323
2. Suscitados por los inversores.....	326
A) <i>RSM Production Corporation c. Granad</i> .....	326
B) <i>Westacre c. Jugoinport</i> .....	331
C) <i>EDF (Services) Limited c. Rumanía</i> .....	338
IV. Comportamiento arbitral en atención a la parte que alega la corrupción.....	344
1. Cuando la alegación es interpuesta por un Estado receptor.....	346
2. Cuando la alegación es presentada por el inversor extranjero.....	346
A) <i>Azpetrol Ltd. LLC c. Azerbaiyán</i> .....	347
B) Otras prácticas arbitrales.....	349
3. Multiplicidad de patrones de alegaciones de corrupción por las partes.....	352

## PARTE TERCERA LA PRUEBA EN LOS CONTRATOS DE CORRUPCIÓN

### CAPÍTULO VI PRÁCTICA Y CARGA DE LA PRUEBA

I. Introducción .....	359
II. La dificultad de probar la corrupción.....	361
1. Principales dificultades de la prueba de corrupción.....	361
2. Prácticas arbitrales en las que la pruebas de corrupción no han planteado problema al Tribunal.....	363

III. ¿Tribunales como inquisidores? El deber de investigar las denuncias de corrupción.....	366
1. Deber del árbitro de investigar las denuncias de corrupción...	366
2. <i>Quiborax c. Bolivia</i> .....	369
IV. La carga de la prueba, estándares de la prueba y banderas rojas	385
1. Carga de la prueba.....	385
2. Estándares de la prueba.....	390
A) Aspectos generales.....	390
B) Caso <i>Hilmarton</i> .....	395
C) Caso <i>Westinghouse</i> .....	400
3. Banderas rojas o denominadores comunes en los casos de corrupción que deben alertar al árbitro.....	412
A) Caso CCI No. 3913.....	414
B) Caso CCI No. 6497.....	415
C) Caso CCI No. 8891.....	420

## CAPÍTULO VII CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA PRUEBA

I. Interacción de las pruebas obtenidas por las autoridades y los Tribunales arbitrales.....	431
1. Aspectos analizados por los Tribunales en procedimientos paralelos.....	431
2. Efectos de la inactividad de la jurisdicción judicial en la prueba arbitra.....	435
II. Consecuencias jurídicas de pruebas objetivas de existencia de corrupción.....	438
1. Elementos determinantes .....	439
2. Jurisdicción del tribunal y la arbitrabilidad de actos de corrupción.	440
A) Caso <i>Northop Corporation</i> . ....	442
B) Otros casos de arbitraje internacional.....	444
3. La admisibilidad y el fondo de la demanda.....	446
A) Caso <i>Honeywell c. Meydan Group</i> .....	453
B) Caso CCI No. 6248.....	459
III. Efectos de los indicios de corrupción.....	459
1. Perspectivas en presencia.....	460
A) En el arbitraje de inversión: el caso Flughafen Zürich A.G.	474
B) En el arbitraje comercial (I): el caso de la CCI No 4145	481
C) En el arbitraje comercial (II): el caso de la CCI No. 6474	
2. El efecto que el incumplimiento del orden público transnacional tiene sobre los contratos.....	479
<b>Conclusiones</b> .....	491

---

<b>Bibliografía .....</b>	<b>509</b>
I. Obras generales.....	509
II. Monografías.....	510
III. Artículos en publicaciones periódicas y en obras colectivas.....	515
<b>Lista de casos .....</b>	<b>531</b>



## **ABSTRACT**

The main objective of this thesis is to develop a systematic and critical study to specific issues in international arbitration law and practice. Through the following pages, this PhD student pretend avoid, as much as possible, simple exposure of the problems under investigation, trying to make a speech in which even occasionally, doctoral student dares to expose some new theory on such an arduous field as is the arbitration in international disputes with evidence of bribery and corruption.

This thesis is organized in three distinct parts: Part I analysis the phenomenon of corruption in foreign investment and the various international efforts to control transnational corruption. Chapter 1 study some international anti-corruption conventions. Governments across the world have strengthened national anti-corruption legislation. This concern can be traced back to the mid-1970, when some scandals involving the bribery of foreign government officials by American business moved to American Government enacted The Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) for the purpose to fight against corruption. The 1990s , there was an important time of the initiatives against corruption, the most important Convention Against Corruption are: Inter-American Convention Against Corruption (adopted on March 29, 1996); OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials, (signed on December 17, 1997); Criminal Law Convention on Corruption - Council of Europe (adopted on November 4, 1998); Civil Law Convention on Corruption (adopted on November 4, 1999); The United Nations Convention against Transnational Organized Crime (adopted on November 15, 2000); United Nations Convention against Corruption was adopted by the General Assembly of the United Nations on 31 October 2003; African Union Corruption Convention The

African Union (AU) Convention on Preventing and Combating Corruption, adopted in 2003.

All these legal instruments against corruption have established as criminal offences, “The promise, offering or giving, to a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties; (b) The solicitation or acceptance by a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties”.

The money laundering is other types of corruption activities, such as organized crime. Most anti-money laundering laws try to combat to crime.

Chapters 2, study the Public procurement accounts. This type of contracts is a significant percentage of European Union gross domestic product (GDP), for this reason, the EU has sought to harmonize procedures for the award of public contracts within the Community, public procurement is considered a very important activity within the European internal market. The basic principles of theses directives and Spanish laws are: equal treatment, transparency, sound procedural management and open competition.

Part II is dedicated the duties different actors of arbitration, in special consideration the arbitrator and his disparate attitude about corruption. Chapter 3: Some sectors considered that there are two arbitral attitudes about corruption, on the one hand, indifference about corruption, on the other hand, the repression attitude about corruption. But in my opinion, the arbitrator is subject to the Rule of Law standards and burdens of proof. The chapter concluded about discussion of arbitral decision-making on corruption through the lens of State responsibility. Chapter 4: the principle of separability of Arbitration agreement from de main contract and corruption. This principle allows the arbitrator to consider the merits. This episode concluded about Lagergren Solution: Immoral Contracts are "Non-Arbitrable". Summary and Analysis Chapter 5 is about when so raised, corruption allegations serve to defend against even

unrelated claims by the investor as *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, demonstrates, once corruption has been found, tribunals can view the issue as jurisdictional, a form of illegality that strikes at the very consent of the host State to investment arbitration.

Part III is dedicated burden of proof and standard of proof about corruption cases. Chapter 6 discusses the difficulties inherent in proving corruption, including in deciding the proper standard of proof and who bears the burden of proof. Analyzing ICSID awards: *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2. or ICC awards: *Hilmarton case* and *Westinghouse Case*. Finally Chapter 7 is about the Legal Consequences of a Finding of Corruption. The tribunal may find the contract is null if there is a finding of corruption. In reference to public policy and corruption, in my opinion, we can't fail to mention the case *World Duty Free. v. Kenya* in which the court found that the contract had been obtained through bribes. The court stated that the plaintiff had violated both national law of Kenya as English and international public order





## INTRODUCCIÓN

### I. Objetivos generales y objeto de la investigación

El objetivo general de la presente tesis es la elaboración de un estudio sistemático y crítico de los problemas y las consecuencias jurídicas que están provocando la corrupción en el arbitraje internacional. A través de las siguientes páginas se pretenderá eludir, lo máximo posible, la simple exposición de los problemas objeto de investigación, procurando realizar un discurso en el que incluso en algunas ocasiones, la doctoranda se atreve a exponer alguna nueva teoría en un campo tan arduo como es el de la arbitrabilidad en los litigios internacionales con indicios de cohecho y corrupción.

Para poder entender el verdadero alcance y las repercusiones que los actos de corrupción provocan en la práctica arbitral ha sido necesario examinar toda la legislación promulgada por distintos organismos internacionales sobre esta materia, las diferentes sentencias sobre esta materia y los laudos arbitrales emitidos por las distintas instituciones. En dicho estudio se ha podido observar unas tendencias arbitrales adoptadas frente a las distintos tipos de corrupción llevadas a cabo dentro de los negocios internacionales. No existiría dicha línea arbitral si los distintos organismos internacionales no hubieran trabajado hacia la adopción de nuevos instrumentos jurídicos de ámbito transnacional, regional o nacional en la lucha contra la corrupción.

#### *1. El estudio de la corrupción en el ámbito de la inversión y el comercio internacional.*

En este contexto el objetivo principal de este trabajo es el de estudiar el fenómeno de la corrupción en la inversión y el comercio-

internacional y su relación con la constante proliferación de legislación de derecho internacional para prevenir y luchar contra la corrupción.

Asímismo, con este estudio se pretende mostrar el marco arbitral que se ha creado con las distintas decisiones arbitrales adoptadas ante casuísticas en las que se les presentaba meros indicios o pruebas de corrupción.

La pretensión del presente trabajo es un análisis exhaustivo sobre la recopilación de una gran mayoría de casos de arbitraje internacional de inversión y comercial en los que la corrupción fue presentada en el procedimiento arbitral de oficio o a instancia de parte y supuso un reto para el tribunal arbitral a la hora de emitir su laudo.

La intención de esta introducción no es el de realizar una exposición exhaustiva de todos los puntos analizados en la tesis sino mostrar aquellos que puedan aportar de alguna manera un auténtico interés sobre la materia objeto de la presente tesis doctoral

La primera cuestión a la que uno se enfrenta al hablar de un fenómeno social es la de poder delimitar su concepto desde las diferentes perspectivas de las distintas ramas sociales, tales como la jurídica o la económica.

La búsqueda del concepto de corrupción en el marco jurídico, bajo mi punto de vista, debe de ser considerada desde la visión del derecho comparado, iniciando dicha búsqueda desde los primeros inicios normativos en los que se hubieren penalizado por primera vez la corrupción como un acto contrario al Derecho e ir evaluando como dicho concepto ha sido matizado a medida que ha ido creciendo la rica jurisprudencia y casuística existente a lo largo de estos últimos casi 50 años.

Esta búsqueda me llevó hasta los años 70, momento en el que los actos de corrupción comenzaron a ser detectados y tenidos en consideración por las autoridades americanas al comprobar diferentes escándalos financieros provocados por sus distintas multinacionales, las cuales, obtenían contratos en el extranjero mediante actos de corrupción.

Estos hechos llevaron a la promulgación de una de las primeras leyes en las que la corrupción fuera considerada un delito. La Ley de Prácticas de Corrupción en el Extranjero fue promulgada con la finalidad de evitar el soborno de funcionarios públicos extranjeros por nacionales y empresas que tuvieran su sede en territorio americano. Estas medidas jurídicas de ámbito nacional y con repercusiones internacionales adoptadas por los Estados Unidos de América provocaron un efecto de desventaja sobre las empresas estadounidenses apartadas de la carrera de obtener contratos públicos en territorios extranjeros en beneficio de otras empresas multinacionales de otros países en los que no existía legislación alguna que les prohibiera el pago de comisiones para poder ser líderes en la obtención de licitaciones. Esta desventaja competitiva provocó que el gobierno americano ejerciera presión sobre sus socios dentro de la comunidad internacional, produciendo una gran cantidad de iniciativas internacionales con el fin de regular el soborno en el marco del comercio e inversiones extranjeras.

Uno de los logros más importantes en la lucha contra la corrupción fue la labor realizada por la Organización de Naciones Unidas; tras el alto crecimiento de organizaciones criminales cuyos delitos transcendían a una escala internacional dando lugar a un nuevo tipo de negocios con un aspecto social de apariencia legítima, dio lugar al nacimiento de una nueva figura delictiva, que mucho tenía que ver con la corrupción, el crimen organizado, y que de momento no estaba penalizada por ninguna legislación, este nuevo tipo de asociaciones delictivas constituían un atentado a la soberanía Nacional, la democracia y constituía una fuente de corrupción estatal que afectaba negativamente a cualquier actividad económica y que se convirtió en los años ochenta en un problema de inmigración irregular que acabó desembocando en los años noventa en lo que se llegó a denominar como “tráfico de seres humanos”, más concretamente en las personas de mujeres y niños. Toda esta preocupación desembocó en la denominada Declaración de Nápoles cuya principal preocupación fue la de redactar una convención en la que se pudiese encontrar una definición adecuada al término “crimen organizado”. En diciembre de 1998 la Asamblea General estableció un Comité Especial encargado de elaborar una convención contra

la delincuencia organizada; y tres protocolos adicionales sobre tráfico de mujeres y niños, transporte ilícito y contrabando de migrantes y fabricación y comercio ilícito de armas de fuego. Finalmente, el 15 de noviembre de 2000 fue adoptada la convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que entraría en vigor el 29 de septiembre de 2003.

Paralelamente a estos trabajos legislativos desarrollados por la ONU, y pretendiendo seguir una línea cronológica de este tipo de legislación, dicha organización creó un grupo intergubernamental de expertos de composición abierta cuyo principal objetivo fue el de examinar y elaborar un proyecto para redacción de una convención de la lucha contra la corrupción, que concluyó en diciembre de 2003, donde distintos miembros representativos de las Naciones Unidas reunieron en Mérida con la intención de firmar dicha convención cuya entrada en vigor fue el 14 de diciembre de 2005. Esta convención constituiría uno de los primeros instrumentos jurídicos con ámbito global en la lucha contra la corrupción, capaz de promover y de abordar todos los posibles problemas que presentasen las actividades corruptas y de permitir a los diferentes agentes tener una herramienta adecuada y efectiva para poder luchar contra la corrupción. Sus disposiciones constituían unas directrices para que los distintos Estados miembro pudiesen llegar a formular, aplicar y mantener políticas adecuadas para una someter la corrupción los principios rectores del imperio de la Ley, propiciando la participación de la sociedad así como la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas a la ciudadanía.

Varias iniciativas a escala regional culminaron en la promulgación de varias convenciones entre ellas cabe destacar la de la OEA cuya Asamblea General encomendó al Consejo Permanente que creara un grupo de trabajo para estudiar el tema de la probidad y la ética estableciendo para dicho grupo una serie de funciones entre las que cabe merece la pena mencionar: la de recopilar y analizar las diferentes legislaciones vigentes en aquel momento en materia de ética pública; comentar cuales habían sido los resultados sobre fiscalización de las distintas instituciones administrativas hasta aquella fecha; formular un inventario en el que apareciesen los dis-

tintos delitos que pudieran tener relación con la ética pública que hubieran sido configuradas en las normas nacionales; elaborar una lista de posibles mecanismos jurídicos capaces de controlar y dar solución a dichos problemas sin menoscabar las distintas soberanía de los Estados miembros. Tras una labor exhaustiva realizada por el Comité encargado de la redacción de la convención el 6 de marzo de 1997 entraría en vigor dicha convención.

Junto a la anterior labor la OCDE también comenzó su carrera legislativa sobre el la lucha contra la corrupción promulgando una convención cuya entrada en vigor tuvo lugar el 15 de febrero de 1999. Las principales directrices de dicho convenio fue el de obligar a los distintos Estados Miembros a definir el delito de cohecho y castigar los actos de corrupción cometidos en el marco del comercio internacional, así mismo, se fomentó la búsqueda de medidas preventivas en la lucha contra los actos de encubrimiento de cualquier tipo de partidas contables destinadas a la comisión de delitos de sobornos, blanqueo de capitales, otro de los problemas a los que pretendió hacer frente este instrumento internacional contra la corrupción fue el de la asistencia mutua y el de la extradición.

En el marco de la Unión Europea, el Consejo de Europa decidió elaborar un convenio europeo en la lucha contra la corrupción, cuyos principales objetivos fueran los de coordinar medidas penales, civiles y administrativas de carácter Estatal con los instrumentos internacionales destinados a acabar con la corrupción. El Consejo de Europa puso de manifiesto su preocupación por los efectos nocivos que provoca la corrupción en la estabilidad y credibilidad internacional de cualquier Estado de derecho, así como, sobre sus principios, instituciones democráticas, credibilidad internacional y sus derechos humanos, sociales y económicos. Siendo consciente de que el primer paso para poner freno a la corrupción era la de promulgar una serie de medidas jurídicas penales, para a continuación aprobar un conjunto de normas de carácter civil.

Finalmente el Consejo de Europa, a través de su Consejo de Ministros, aprobó el convenio Penal sobre corrupción el 4 de noviembre de 1998, entrando en vigor en julio de 2002. Posteriormente, el adoptó el convenio Civil sobre corrupción el 4 de noviembre de

1999 entrando en vigor el 1 de noviembre de 2003. Las principales medidas que fomentó el mencionado instrumento jurídico dentro de la rama del derecho civil fue el del interés de la accesibilidad y la eficacia de los recursos del derecho civil en general; la determinación de las principales víctimas potenciales de las conductas corruptas; los problemas de la evidencia y la prueba del nexo causal entre los actos y el daño; los aspectos fiscales de los pagos ilícitos y su relación con la distorsión de la competencia, la validez de los contratos; el papel de los auditores; la protección de los trabajadores; los procedimientos, incluidos los gastos de litigios; y la cooperación internacional.

Diferentes acciones sectoriales emprendidas en la lucha contra la corrupción fueron llevadas a cabo por la Unión Africana, tras la Declaración de los Derechos Humanos del islán realizada en el Cairo en 1990. Algunas de las conclusiones adoptadas tras dicha reunión fue las de un reconocimiento de los efectos negativos que estaban provocando la corrupción sobre la estabilidad política, social, económica y cultural sobre todos los Estados de África, llevando a esta organización a estudiar cuales pudieran ser las posibles causas que originaban la corrupción en todo el continente africano. Tras varias reuniones y Asambleas de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA se convino en la necesidad de la elaboración de una convención contra la corrupción cuyo texto fue aprobado en Maputo, Mozambique el 11 julio de 2003 y su entrada en vigor fue el 5 de agosto de 2006.

La liga de los Estados Árabes, pese a ser prácticamente todos sus países miembros signatarios de la convención de Naciones Unidas contra la corrupción, también sintió la necesidad de realizar una convención para luchar contra el delito de la corrupción que se identificara más con los principios religiosos y morales recogidos tanto en la Sharia islámica como en la Carta de la Liga de los Estados Árabes. La convención fue aprobada el 21 de diciembre de 2010 el Cairo (Egipto).

La justificación de haber realizado el estudio de toda la legislación relativa a la corrupción para esta tesis doctoral se encuentra en que dicha normativa ha constituido la base jurídica de los razona-

mientos arbitrales en gran cantidad de casuística arbitral. Así mismo, el análisis de dicha legislación nos proporciona una aproximación a qué debe entenderse como actos de corrupción y qué conducta debe ser tipificada como un delito penal.

La Convención OCDE en su art. 1 define una de las modalidades de corrupción, del delito de cohecho tanto activo como pasivo de servidores públicos extranjeros considerando que el delito se realiza cuando:

“...una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales” .

“...delito la complicidad, incluidas la incitación, la ayuda, la instigación o la autorización de un acto de cohecho de un servidor público extranjero. La tentativa y la confabulación para sobornar a un servidor público extranjero constituirán delitos penales en el mismo grado en que lo sean la tentativa y la confabulación para sobornar a un servidor público de esa Parte”.

La convención de la Unión Africana en su art. 2, dentro de las definiciones, nos indica qué debe entenderse por corrupción: todos aquellos actos y prácticas que conlleven los delitos conexos a dicha convención.

*“Corruption” means the acts and practices including related offences proscribed in this Convention;*

La Convención de la liga de los Estados Árabes contra la corrupción en su art. 5 realiza una detallada lista de todas las modalidades de corrupción que deben ser criminalizados, permitiendo la tipificación a cada Estado miembro. A tenor de dicha convención serán actos de corrupción: el soborno de un funcionario público; el soborno en las empresas del sector público, las sociedades por acciones, asociaciones e instituciones de carácter de interés público; el soborno llevado a cabo dentro del sector privado; el soborno de



funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas en relación con el comercio internacional dentro de un Estado Parte; el tráfico de influencias; el abuso de un cargo público, el enriquecimiento ilícito; el blanqueo del producto de un delito; la ocultación del producto del delito obtenidos a partir de los actos previstos en dicho art. 5; la obstrucción al curso de la justicia; la apropiación indebida de bienes públicos y la adquisición ilegal; la apropiación indebida de la propiedad de: las sociedades anónimas, asociaciones privadas de interés público y en el sector privado; y por último, la participación o intento de los delitos estipulados en el presente artículo.

Desde el punto de vista económico, podemos decir la corrupción como el precio del intermediario, en el que el proveedor del servicio se aprovecha de una renta ilícita por la situación de poder que ostenta y que le permitirá amplios márgenes de beneficio.

Tras el estudio realizado sobre la corrupción desde el punto de vista económico también cabe mencionar otras definiciones dadas por expertos economistas entre ellos cabe destacar la enunciada por Vito Tanzi,

“... la corrupción es el abuso de poder público, definido como el poder del monopolio, que tiene el Estado sobre la provisión de determinados bienes y servicios, en donde los beneficiarios pueden ser personas individuales o grupos sociales”.

Sin embargo, la definición más directa y popular es la facilitada por el Banco Mundial, en la que la corrupción es “el abuso del poder público en beneficio privado”, sin embargo esta definición se centra únicamente en la corrupción del sector público, dejando sin cabida al sector privado, hoy ya se ha quedado obsoleta dicha definición ya que estudios realizados y expuestos en el presente trabajo han dejado constatado que la corrupción no solo afecta al sector público sino también al privado.

Algunos de los aspectos que han presentado ciertas dificultades en el estudio de la corrupción es poder realizar una aproximación a las distintas modalidades de corrupción. Por ello, en lugar de hacer

un análisis detallado de toda lista de todos los tipos de corrupción, he analizado y desarrollado los que he considerado que puedan llegar a tener una relación más directa con el arbitraje internacional, dando un especial interés al blanqueo de capitales, analizando su regulación jurídica en el ámbito internacional, europeo y nacional. Una de las áreas que mayor contacto pueda llegar a tener con los actos de corrupción y que mantiene una especial relación con el arbitraje internacional es sin duda, el de las Comisiones en contratos públicos o licitaciones, siendo este un terreno abonado para la comisión de actos de sobornos activos y pasivos, por ello se ha tenido especial interés en analizar y profundizar en el estudio de uno de los órganos de control principal en la adjudicación de contratos estatales, el tribunal de Cuentas. Para ello ha sido necesario tener conocimiento sobre la normativa europea en materia de Contratación pública, así como en los procedimientos necesarios para la adjudicación como para los de la formalización del contrato.

Uno de los principales objetivos de la presente tesis doctoral ha sido el de entender y poner de manifiesto el grado de responsabilidad que puede tener un árbitro ante un caso con indicios de corrupción y cohecho.

Si queremos resolver los problemas que suscita la corrupción en el arbitraje internacional desde una perspectiva jurídica debemos tener en cuenta que toda política en este sector está centrada principalmente en tres pilares, el árbitro, la parte demandante y la parte demandada (sin olvidar los diferentes papeles que representar cada uno de ellos y las diferencias legales y normativas que existen entre ellos), y el propio arbitraje al auspicio de la sede arbitral concreta a la que se somete. Por ello consideré que para conseguir dicho objetivo, el de resolver los problemas que provocan la corrupción dentro del arbitraje internacional, debían de ser objeto de estudio las distintas partes que son necesarias en todo arbitraje. Para ello, el primer objeto de estudio fue el de los tribunales jurisdiccionales de la sede del arbitraje y del lugar de ejecución, saber que posturas han adoptado a lo largo de estos últimos casi cincuenta años en aquellos casos en los que han tenido que emitir un laudo en supuestos en los que el contrato podía estar contaminado por actos de corrupción.

La postura de un tribunal arbitral ante la sospecha o presunta corrupción en un arbitraje internacional comercial o de inversión ha ido variando a lo largo de los años. El presente análisis se inicia en el estudio de uno de los casos más significativos de los años sesenta en el que el juez Lagergren, en el caso CCI No. 1110 de 1963, tuvo que resolver sobre una reclamación de una cantidad en concepto de comisiones por parte de un agente de nacionalidad argentina que había mediado en la adjudicación de unos contratos de obra pública obtenidos por una empresa inglesa en el régimen de Perón en Argentina. A lo largo del procedimiento arbitral ambas partes reconocieron haber realizados actos de sobornos en favor de funcionarios públicos, sin embargo las partes solicitaron al juez que diera por válido y vinculante el contrato existente entre ellos y que se ciñera al Acta de Misión. El árbitro emitió un laudo que ha sido recordado hasta estos días por los estudiosos de esta materia en el que declinó su competencia por considerar que el contrato era nulo por ser contrario al orden público internacional y por existir evidencias de que el único objeto del mismo era el pago de sobornos y tráfico de influencias dentro de la Administración de Argentina.

La corrupción en el arbitraje internacional es una cuestión que ha suscitado un gran interés en la actualidad. Desde este caso de arbitraje en el que por primera vez se tuvo conocimiento de prácticas de corrupción hasta el caso más reciente y significativo, *Metal-Tech c. Uzbekistán* mucho ha cambiado la postura de los árbitros. Sin duda, la rica casuística y jurisprudencia arbitral han sido las herramientas que han ayudado a facilitar la tarea del árbitro a la hora de tomar una tendencia sobre la valoración de la corrupción llegando a adoptar distintas posturas a las que me referiré más adelante.

Si analizamos la gran mayoría de los casos de arbitraje internacional hechos público con indicios de corrupción, podemos observar, que la práctica totalidad de ellos tienen una serie de elementos comunes, la primera de estas coincidencias que podemos observar es el tipo de contrato sobre el que se sustenta la relación comercial entre las partes. La modalidad de contrato que permite una cobertura de legalidad a relaciones corruptas suelen ser los contratos de asesoría técnica, comisión, corretaje, consultoría, mandato, agen-

cia, representación, asistencia administrativa. En estos casos, las partes solicitan el arbitrio sobre alguna diferencia que haya surgido del propio contrato, manteniendo en todo momento la validez y pervivencia del contrato salvo que a una de las partes le interese poner de manifiesto la ilegalidad de dicho contrato para evadirse de la competencia del tribunal arbitral.

Otro de los elementos comunes en los contratos con indicios de corrupción serían las comisiones tan elevadas que se paga a una de las partes del contrato. Una parte se compromete a pagar a la otra en calidad, de consultor, asesor, o intermediario, una serie de comisiones cuyo porcentaje suele ser elevado, y las cantidades finales en concepto de pago por el trabajo realizado suelen ser desorbitadas, debido a que las cantidades sobre las que se aplica dicha comisión suelen ser contratos de cientos de millones de dólares americanos. Este es un de los indicativo más evidentes para alertar al árbitro de que los honorarios no se ajustan a cualquier contrato típico dentro del ámbito empresarial internacional. Para demostrar estos hechos he considerado conveniente exponer de manera detallada algunos de los casos más significativos en materia de arbitraje internacional comercial y de inversiones de estos últimos años.

En la actualidad, cualquier tribunal arbitral está sometido a una serie de parámetros, tales como, las reglas de su propia institución arbitral, la legislación internacional o el orden público internacional, por ello, cada vez es más difícil que se pueda sustraer a dictaminar en contra de estos contratos viciados con actos de corrupción. Una de las principales expectativas de las partes frente al árbitro y al procedimiento arbitral es precisamente la de obtener un laudo ejecutable. Un laudo basado en un razonamiento seguido por el tribunal para llegar a la decisión adoptada en su fallo, basado en la correcta valoración de las pruebas aportadas por las partes y alejándose lo máximo posible de los cada vez más obsoletos Códigos operacionales, entendiéndose por estos , aquellas costumbres o usos arraigados en ciertos países extranjeros en los que para obtener un contrato público o inversión extranjera, es requisito ineludible el del pago de un soborno a las autoridades pertinentes de turno. Cada vez es más difícil que las instituciones arbitrales se sustraigan de condenar los posibles casos de corrupción ante ellos planteados.

Han merecido especial atención las conductas adoptadas por los distintos tribunales arbitrales ante los distintos casos de corrupción que ante estos se han presentado, la responsabilidad que dichos árbitros han asumido y el papel decisivo que han jugado. Hasta la última década, los árbitros han adoptado dos posturas bien diferenciadas. Por un lado, han manifestado una actitud represiva ante la corrupción, manteniéndose en todo momento dispuestos a estudiar cualquier alegación de prácticas corruptas y por otro, una postura de indiferencia ante estos actos de corrupción, en los que el tribunal manifiesta su disposición a analizar únicamente los términos contractuales, alegando que en algunas operaciones comerciales internacionales, la corrupción es un precio inevitable que se debe pagar y en el que en la gran mayoría de las ocasiones dicho delito es imputable a ambas partes. Pese estas dos corrientes adoptadas por los tribunales en materia de corrupción, en mi opinión, considero que existe una tercera tendencia, en la que al margen de la postura personal y subjetiva o filosófica del árbitro frente al delito de corrupción, este se aferra en todo momento al principio de la legalidad. El tribunal se somete al imperio de los dictados de la ley. Si una de las partes alega la existencia de jurisdicción pese a su tendencia represiva, debe esperar a expresar su rechazo y comprobar si existe alguna otra excepción a su jurisdicción que sea más evidente y de fácil análisis en aras del principios de coste y economía procesal, o en el caso de que su postura fuere la de indiferencia ante la corrupción, no puede desatender el procedimiento arbitral ni los medios de prueba irrefutables de existencia de corrupción.

Establecida la obligación legal que tienen todos los tribunales arbitrales de condenar las prácticas de corrupción, debemos de establecer y aclarar cuáles serían los posibles límites dentro de su campo de actuación sobre los casos que ante ellos se presentan con indicios de corrupción. Cualquier tribunal arbitral podrá investigar sobre la existencia de corrupción de un caso que ante él se presente: por iniciativa propia, el tribunal procede “de oficio” sin que ninguna de las partes haya presentado previamente una alegación de indicios de corrupción, esta facultad será llevada a cabo por el tribunal cuando existan altos indicios de la existencia del delito; y “a instancia de parte” cuando uno de los implicados en el arbitraje

de manera directa alega que se ha actuado de manera corrupta. Por lo que la máxima de que “todo tribunal arbitral está obligado a tener en cuenta e investigar y dictaminar sobre la existencia o no de actos de corrupción en el caso sobre el que él esté dictaminando”, no cabe la menor duda, la interrogante o problema se plantea a la hora de acotar o delimitar dicha obligación, o dicho de otro modo, hasta dónde puede indagar un árbitro sobre la existencia de dicha ilicitud? La respuesta a esta pregunta es que el árbitro podrá investigar siguiendo las siguientes pautas: i) nunca podrá dejar de observar el Derecho y el procedimiento arbitral para llegar a enjuiciar este delito si para ello deja de cumplir las garantías procesales debidas al procedimiento, garantías tales como las de informar a la parte sobre las que existan alegaciones o indicios de haber cometido el delito; ii) manifestar de manera clara y concreta, en todo momento, de quién corre con la carga de la prueba, indicar cuál es el estándar de prueba exigible y finalmente valorar de manera imparcial la prueba ante él presentada; iii) sus indagaciones deben versar únicamente sobre la legalidad y el cumplimiento del contrato objeto de su Acta de Misión; iv) evitar que la alegación de corrupción llevada a cabo por alguna de las partes sea una mera argucia para paralizar el procedimiento, dilatarlo o evitar directamente la competencia del foro.

Al inicio de esta introducción, se analizaba cuál era la responsabilidad y el papel que debía asumir un árbitro ante un caso de corrupción, no me parecería completo este estudio si no se realizase un estudio sobre la responsabilidad que podría asumir otro de los actores más importantes en un arbitraje internacional de inversión, el Estado receptor. El principal problema que he llegado a encontrar, es que del análisis de los diferentes casos, siempre se saca la misma conclusión, que todas las alegaciones de actos de corrupción llevadas a cabo por un Estado son sobre Gobiernos que ya han dejado el poder estatal.

Esta búsqueda responde al gran número de alegaciones que están siendo realizadas ante los tribunales arbitrales por parte de los países de acogida de una inversión extranjera. Esta exposición no pretende tanto criminalizar la posible conducta corrupta de un Estado sino más bien buscar algún tipo de mecanismo legal que ponga lí-

mite a tanto intento gratuito de paralización o alargamiento del procedimiento arbitral.

Para dar respuesta a esta búsqueda, he realizado un estudio de los artículos sobre la ley de la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, haciendo especial hincapié en los comentarios realizados por el jurista y relator especial de los referidos artículos, el Sr. Roberto Ago. Fruto de dicho análisis, surgieron una cuestión muy sencilla pero de respuesta muy compleja: ¿puede el Estado receptor de una inversión extranjera hacerse responsable en el ámbito del Derecho internacional, de los actos de corrupción de sus funcionarios públicos? y en caso afirmativo, ¿en qué circunstancias? A estas y otras preguntas trataré de dar respuesta a través de la presente tesis doctoral. La justificación del examen de los citados artículos, se debe a que en algunos de los casos analizados, la parte contraria al Estado, ha pretendido preparar su defensa contra la corrupción estatal mediante la aplicación de estos artículos.

## *2. Relación y efecto de la corrupción en el arbitraje internacional.*

Estudiando la relación y el efecto que la corrupción puede ejercer sobre el arbitraje internacional me pareció interesante examinar cómo afecta ésta a la validez del convenio arbitral, lo que me condujo a la denominada cláusula de la separabilidad. Todo tribunal arbitral tiene competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral, por ello me pareció interesante y necesario investigar como incide la nulidad de un contrato sobre la validez de la cláusula compromisoria o acuerdo de arbitraje que forma parte del mismo, de cómo el árbitro alcanza su conclusión de nulidad y en la incidencia de su propia jurisdicción. La tendencia más habitual es la que dentro de los contratos acordados después de largas negociaciones y asesoramiento jurídico a las distintas partes, dentro del mismo se establezca una cláusula compromisoria, para que en el supuesto de que surgiera alguna discrepancia en torno al contrato, se acuda a resolverla mediante un arbitraje. Este convenio arbitral debe ser considerado como un acuerdo “independiente” del resto de las estipulaciones del contrato y dicho acuerdo no podrá ser

en ningún caso impugnado en base a la invalidez del contrato principal. De este principio ha dependido el avance y desarrollo del arbitraje internacional en el que dicho acuerdo de sometimiento a arbitraje debe permanecer siendo vinculante incluso en aquellos casos en los que sobrevenga la invalidez del contrato. Este principio sobre la divisibilidad encuentra su sustento en la concepción de que el acuerdo de arbitraje puede y debe separarse del contrato principal. Por lo que, su efecto más inmediato sería que el sometimiento a arbitraje debería subsistir a pesar de que el contrato principal resultase ser nulo de pleno derecho. Dicha cláusula arbitral proporciona facultades al árbitro para que este dictamine si debe o no seguir a delante en el procedimiento; en la práctica, la importancia de este principio encuentra su sentido en que es un mecanismo de freno a la gran cantidad de alegaciones de incompetencia y falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales que se están planteando en los últimos años por la parte interesada en sustraer a las instituciones arbitrales como instrumento de resolución de los conflictos que surgan entre las partes del contrato principal.

El dilema que puede plantear la alegación de corrupción en relación a este principio de separabilidad de la cláusula compromisoria puede abordarse desde el análisis de dos situaciones diferentes. La primera de estas situaciones puede dimanar de un contrato principal en el que exista una cláusula de sumisión a arbitraje internacional y el problema surge cuando la corrupción es planteada de oficio o a instancia de parte, en ese caso la pregunta que se suscita es; si la alegación resulta ser cierta y queda de manifiesto la naturaleza corrupta del contrato, ¿qué suerte corre el principio de divisibilidad, debe este ser sacrificado?; la segunda de las situaciones se nos plantea en aquellos supuestos en los que se ha obtenido un contrato público con posterioridad a la existencia y ejecución de un contrato de comisión o de intermediario, es decir, la corrupción se comete antes del nacimiento del contrato obtenido mediante licitación. La duda que plantearía este tipo de situación, es ¿cuál sería el grado en que la incidencia de la corrupción viciaría el consentimiento de la Entidad Pública que ha suscrito el contrato, y en qué manera, dicho consentimiento viciado por ser un ilícito legal afectaría a la cláusula de arbitraje en el contrato de contratación pública?



Para dar respuestas a los problemas planteados he considerado oportuno el análisis de una serie de supuestos, el primero de ellos: ¿qué efecto causa la nulidad de un contrato de corrupción sobre la validez del acuerdo de arbitraje?; el segundo, ¿qué efecto tendría sobre el acuerdo de sometimiento a arbitraje si existiese entre las partes un acuerdo expreso o tácito sobre descartar cualquier problema relacionado con la corrupción?; y por último, ¿qué efecto causaría un contrato obtenido mediante corrupción sobre la validez del acuerdo de sometimiento a arbitraje por las partes?. Del estudio realizado sobre el principio de divisibilidad, podemos afirmar que la principal función del mismo es el de aislar o proteger el acuerdo arbitral de la suerte del contrato principal. Dicho principio pretende erigirse como si fuese casi como un “compartimento estanco” cuya principal misión es la de evitar que los posibles problemas de nulidad derivados del contrato principal contaminen la cláusula de sumisión a arbitraje. Sin embargo, esta presunción legal a favor del acuerdo de arbitraje, ¿hasta qué punto es infranqueable dicha barrera de separabilidad?, ¿podría la corrupción una causa de nulidad lo suficientemente grave como para sacudir esa barrera de separabilidad?

Tal y como pretende demostrar la presente tesis doctoral, existe una corriente doctrinal que sostiene que la corrupción debe ser criminalizada y erradicada, por ser contraria al derecho y al orden público internacional y que cualquier árbitro, debe someterse a dicho derecho y orden público internacional en el cumplimiento de sus funciones. El orden público internacional puede afectar al acuerdo arbitral de tres maneras diferentes: la primera, puede indicar que algunas cuestiones no son susceptibles de arbitraje; la segunda, controla la formación adecuada del acuerdo de arbitraje; y la tercera, proporciona un control sobre el objeto de la controversia que ha sido la causa del arbitraje. Sin embargo, por lo general, la alegación o presunción de la existencia de corrupción no es motivo suficiente para considerar nulo el principio de divisibilidad y consecuentemente la sumisión a arbitraje. El árbitro está en su derecho de analizar toda y cada una de las cuestiones que ante él se somete y una vez dictamine que existe una evidencia clara e irrefutable de actos

de corrupción, en ese momento y no antes podrá declinar tener jurisdicción para entender del caso.

Durante el procedimiento arbitral también se pueden plantear una serie de cuestiones en referencia a la alegación de la existencia de corrupción, para ello y tras un análisis de la gran mayoría de los casos publicados con implicaciones de corrupción he podido constatar que existen una serie de puntos que se repiten en toda la casuística dichos puntos podrían constituir los siguientes interrogantes: 1) ¿cuál de las dos partes del procedimiento arbitral presentó la alegación de corrupción?; 2) ¿en qué momento de la inversión tuvo lugar el supuesto acto?; 3) dichas alegaciones, ¿fueron investigadas antes las autoridades jurisdiccionales del país receptor de la inversión?; 4) admitida la alegación de existencia de cohecho, ¿qué efecto provocó en el análisis y conclusiones realizados por el tribunal arbitral?; (5) ¿qué nivel de estudio realizó el tribunal?, (6) ¿en qué casos los tribunales estimaron que hubo corrupción y en cuáles determinó que no existían pruebas suficientes?; y por último, ¿cómo benefició al inversionista la alegación de corrupción? Dar respuesta a todas estas cuestiones ha sido uno de los retos realizados en este trabajo y mientras resolvía este rompecabezas, he podido comprobar que existen una serie de tendencias emergentes relativas a la corrupción en el arbitraje de inversión.

Dentro de los diferentes problemas que pueden existir en materia de corrupción dentro del arbitraje internacional, el más importante pueda ser, sin lugar a dudas, la gran dificultad que existe a la hora de probar ante un tribunal la existencia de manera irrefutable de existencia de corrupción. En la actualidad, para cualquier tribunal arbitral no cabe la menor duda de que cualquier evidencia fehaciente de la existencia de un contrato que esté contaminado por de actos de corrupción, este debe ser sancionado por ser contrario a derecho y al orden público internacional. Sin embargo, el mayor escollo ante el que se encuentra un tribunal ante este tipo de acusaciones es cómo debe evaluar o qué nivel de prueba debe ser la admitida. Junto a este problema, también se debe tener en cuenta, que en la gran mayoría de los casos, este tipo de delito es perpetrado por personas o instituciones que cuentan con más poder y recursos que la otra parte, lo que por ende hace prácticamente imposible demostrar

cualquier rastro o evidencia de la comisión de dicho delito. El tipo de estándar de prueba, es otro de los elementos determinantes en qué tipo de conclusiones van a aparecer en el laudo emitido por el tribunal; los estándares elegidos se convertirán en la pieza principal que nos permitirá comprender la tendencia por la que está formada principalmente dicho tribunal arbitral frente a la lucha contra la corrupción, es decir si el conjunto de árbitros van a seguir la postura proactiva, la indiferente en descubrir la corrupción o por el contrario una más legalista.

Sobre la carga de la prueba, a simple vista podría parecer que es uno de los elementos más sencillos de investigación a la hora de realizar este estudio, sin embargo no ha sido así, la asignación de la carga de la prueba ha planteado problemas en relación a la elección de la ley aplicable, es decir, ¿se debe aplicar la ley de la sede arbitral, en cuyo caso como veremos, la carga de la prueba es procedimental, o la ley que rige las cuestiones de fondo subyacentes, o alguna norma internacional. Tal y como comprobaremos, parece ser que la opción más tenida en cuenta por los tribunales es la de asignar la carga de la prueba teniendo en cuenta la ley sustantiva aplicable y los procedimientos adoptados en el arbitraje. Al hacerlo de esta manera, el tribunal no tendrá que aplicar la carga de la prueba de normas de cualquier jurisdicción específica, sino que se puede modelar reglas especializadas en función de las cuestiones sustantivas concretas y procedimientos idóneos para una instancia específica. No obstante lo anterior, podemos adelantar que la corriente mayoritaria de los tribunales arbitrales ha sido la de adherirse al derecho internacional, y a su principio máximo de *actori incumbit probatio*, por lo que quien alega la corrupción debe soportar la carga de la prueba.

De entre las distintas cuestiones que se me plantearon sobre la fase de la prueba en relación con la corrupción en el arbitraje internacional, la que mayor problemática pudo presentar fue sin duda la del estándar de la prueba que debe seguir cualquier tribunal arbitral a la hora de dictaminar sobre la existencia o inexistencia de actos de corrupción. El estándar de la prueba ha sido identificado como la cantidad (o el umbral), de prueba necesaria para establecer a partir de la cuál, los tribunales aceptarán una hipótesis como probada.

A la hora de resolver este interrogante, no debemos de olvidar que los tribunales se sienten sujetos al marco de la legalidad, límites tales como el reglamento de su propia institución, así como a los APPRI en el caso de los arbitrajes de inversión por ello, aunque el tribunal goza de amplia libertad a la hora de realizar una valoración de la prueba, también encuentra, tal y como veremos, algún tipo de limitación en dicha libertad de valoración, ya que tiene que tener en cuenta en sus investigaciones y conclusiones finales algunos parámetros tales como si existe sentencia firme en otra jurisdicción sobre ese mismo asunto.

Tal y como ya lo expresara el tribunal del caso Rompetrol, más adelante aludido, el estándar de la prueba es “relativo” ya que dicho “umbral” o estándar no tiene por qué ser el mismo en todos los ámbitos y materias. De hecho, en esta exposición se podrá comprobar que existe una tendencia arbitral en exigencia de estándar de la prueba, dependiendo del sistema de derecho aplicable, es decir *common law* o *civil law*. Así mismo se hará una referencia práctica sobre un gran número de casos en los que se han pretendido probar la existencia de corrupción.

Los tribunales arbitrales, en la actualidad, poseen una serie de instrumentos jurídicos que les permite reconocer una serie de elementos comunes en la gran mayoría de casos de corrupción, a estas características repetitivas ha sido denominadas “banderas rojas” de corrupción o “*red flags of corruption*”. A través de estos denominadores comunes creados por varias instituciones legales y financieras, entre ellas cabe destacar el propio Departamento de justicia de los Estados Unidos, he intentado ilustrar e identificar a qué datos y elementos, según los estudios realizados por dichas instituciones internacionales, debe cualquier tribunal arbitral mostrar mayor atención a la hora de dictaminar sobre un caso arbitral.

Todo acto de corrupción conlleva una consecuencia jurídica, y este es uno de los aspectos que he planteado en esta tesis doctoral, la infracción de una norma tipificada como delito en un gran número de convenciones y leyes nacionales debe tener unos efectos jurídicos sobre los contratos formalizados entre, al menos, una parte corrupta. Para identificar dichos efectos, se han planteado distintos

grupos de contratos viciados por actos de corrupción y dependiendo de qué tipo de corrupción y en qué momento se llevó a cabo el acto ilícito, comprobaremos que tendrán un efecto diferente para cada contrato. Desde el punto de vista jurídico-económico, no puede ser sancionado de igual manera e intensidad un contrato en el que ambas partes eran conscientes de estar cometiendo un acto de corrupción de aquellos contratos en el que una de las partes desconocía dichos actos ilícitos y debe ser considerado como un tercero de buena fe.

## II. Consideraciones en torno a la metodología utilizada

Junto con el requisito de seguir un orden metodológico, como disciplina lógica para conseguir la adecuada elaboración, análisis y evaluación de los conceptos que nos ayudará a obtener los objetivos necesarios para conseguir el planteamiento de los problemas sobre esta materia y la solución adecuada a dichos planteamientos, mediante el método científico, la presente tesis doctoral pretende cumplir con las ineludibles exigencias de novedad, originalidad y actualidad del título y tema elegidos, así como su fundamentación científica y las posibilidades de introducción en la práctica. Intentando en todo momento realizar una evaluación crítica sobre el material bibliográfico y de investigación analizada; el manejo adecuado de las técnicas de investigación realizadas y la clara demostración de los argumentos novedosos expuestos como propios.

El título de la tesis, ha sido la guía principal en el campo de investigación, llevando a cabo un procedimiento de carácter comparativo, no únicamente de las distintas fuentes del Derecho, prestando especial atención a las convenciones y legislaciones de ámbito transnacional sobre la materia objeto de estudio, sino también, entre la interrelación que puede existir en el procedimiento del arbitraje internacional y la corrupción permitiendo que ambos aspectos cumplieren con la función de guía para alcanzar el objeto y objetivos anteriormente descritos sobre esta tesis doctoral.

La elección del método de investigación que he seguido, ha sido el que mejor me ha permitido alcanzar la disciplina, en mi caso el Derecho internacional, principalmente privado. Para ello, tal y como concebía Norberto Bobbio, junto con el estudio de una auténtica Ciencia del Derecho integrada por sus normas, también conformaba a ésta una jurisprudencia que si bien para él no era una ciencia, ciertamente tenía que ser tenida en cuenta en la metodología, ya que era la practicada por los juristas. Entendía él de este modo que una duplicidad de saberes, de un lado el científico y del otro la realidad del quehacer jurista. Yo he necesitado de estos dos tipos de saberes, acudir a la legislación vigente en materia de corrupción,

y la jurisprudencia creada por tribunales arbitrales para poder de este modo alcanzar con ambos instrumentos, una coherencia y validez de las hipótesis planteadas. La jurisprudencia arbitral, entendiendo como tal la actividad compleja que ha venido manifestando de manera especialmente acusada en los caracteres del saber práctico del Derecho, en especial de las prácticas económicas y de inversión, con ciertas implicaciones valorativas y prudenciales, ya que se realiza los árbitros a la hora de tomar sus decisiones jurídicas relativas a los casos concretos de particulares. Exigen que sus laudos atiendan ante todo a los factores y consideraciones concretas, más que a las exigencias lógicas de abstracción y generalidad del pensamiento y legislación teórica. Pues esta doctoranda desde su humilde situación, ha considerado que la actividad jurisprudencial arbitral, arroja luz adecuada a la solución de los problemas de la praxis jurídica arbitral. Por lo tanto, dicha jurisprudencia arbitral la he considerado como un conocimiento en el que ha primado abiertamente y con propiedad las determinaciones, realistas, valorativas y ejemplarizantes que me ha permitido poder exponer con mayor claridad y certeza la arbitrabilidad de los casos con indicios de corrupción o cohecho.

Mediante la concepción inductiva he podido analizar las distintas leyes y enunciados universales, analizando las distintas características y objetivos comunes. Sin embargo, ha sido necesaria a partir de dicha concepción seguir un razonamiento más deductivo que me permitiera indagar y adquirir un mayor conocimiento y contacto con la investigación de los distintos laudos arbitrales hechos públicos en estos últimos 50 años, así como las convenciones y leyes publicadas en relación a la corrupción internacional. Lo que me ha permitido realizar una exhaustiva recolección de todos los materiales sobre el tema y permitirme ser consciente de lo imposible que resulta recabar un material en constante crecimiento y evolución casuística.

La intención principal de esta investigación se ha caracterizado por la búsqueda sus objetivos a través de un riguroso marco jurídico teórico para seguidamente encuadrarlo en un ámbito de aplicación práctica. Para ello los objetivos han sido planteados de manera teórica y a partir de esta estrategia, dar un paso más como investi-

gador y plantear una cuestión sobre el problema hallado para pasar a responder a dicho interrogante con una posible conducta jurisprudencial adoptada por un tribunal arbitral o mediante una posible solución pincelada por esta doctoranda. Porque tal y como señalara Nietzsche, “las sentencias del pasado son siempre como oráculos y sólo como arquitectos del futuro y sabedores del presente podremos entenderlas”. De este modo, conociendo el contenido y razonamiento de los distintos laudos arbitrales sobre esta materia he podido llegar a entender la mejor manera este problema que cada vez más irrumpe en todos los ámbitos de nuestra sociedad.

Pese a la posible arbitrariedad existente a la hora de realizar una investigación científica, no es menos cierto, que todo proceso creativo requiere de cierto método de organización y planificación y queda delimitada por su objeto dentro de un espacio y tiempo.

La metodología de la presente tesis doctoral me ha permitido no divagar sobre el tema, y ha evitado perderme en un gran número de planteamientos nada productivos e interesantes para el buen fin del proyecto. Para ello he pretendido en todo momento recabar la información, sometiéndola a un análisis crítico y analítico a través de planteamientos racionales y sistemáticos que pudieran concluir en las soluciones más óptimas a las preguntas tan complejas y a los laudos tan controvertidos en algunos momentos históricos de las diferentes instituciones arbitrales. Porque la corrupción ha sufrido una evolución histórica a través de los tiempos, pasando de, ser una costumbre natural y lógica adoptada por las empresas multinacionales en países extranjeros, a una práctica completamente ilegal y reprobable por la práctica totalidad de los Ordenamientos Jurídicos de la comunidad internacional. En la misma medida que la visión internacional de las prácticas corruptas ha evolucionado, podríamos decir que los laudos arbitrales han corrido una suerte parecida, aunque con ciertas matizaciones.

Mediante el uso del método sistemático, he podido ordenar los conocimientos que he ido adquiriendo, agrupándolos en sistemas coherentes de datos que me han permitido combinar con el método deductivo, utilizando en algunos momentos un orden jerárquico siguiendo ciertos criterios de clasificación.



Dentro de los métodos jurídicos utilizados, y junto con los que anteriormente ya he mencionado, esta doctoranda ha considerado necesario utilizar el método histórico comparativo para poder realizar un procedimiento de investigación de diferentes organizaciones e instituciones de diferentes países y trasladar o exportar a otros países e instituciones en un momento determinado en el tiempo y establecer una serie de semejanzas o similitudes en la actualidad, o por el contrario poder comprobar en otros casos como la sociedad y sus usos han variado con el tiempo.

### **III. Plan de exposición**

Como lógicamente sucede en cualquier labor de investigación que se dilata en el tiempo, dicho trabajo queda sometido a avances y retrocesos, incluso en algunos momentos, las indagaciones y pesquisas acaban llevando a la doctortanda por caminos cuyo trabajo y esfuerzo finalmente no acaban siendo expuestos en la elaboración del texto final de la tesis por no considerarse oportunos.

Este trabajo está conformado, por un capítulo introductorio, y por tres partes que incluyen, dos, dos y tres capítulos respectivamente. La primera parte está integrada por dos capítulos sobre los aspectos generales de la corrupción, tales como la delimitación del concepto, y regulación internacional y nacional; la segunda formada por cuatro capítulos que están dedicados al estudio de los actores en los litigios con indicios de corrupción.

Dentro de la primera parte, el capítulo I, aborda una visión internacional de la lucha contra la corrupción desde una perspectiva general y dogmática. La finalidad de este título ha sido la de perfilar el concepto de corrupción dentro de la comunidad internacional, a través de las distintas perspectivas, teniendo en especial consideración la jurídica, para llegar al concepto o definición concreto a través de las distintas fuentes del Derecho, para a continuación poner de relieve una perspectiva de carácter más económica y práctica de dicho término. Una vez aclarado el concepto, se ha intentado avanzar en la línea de investigación y he estudiado la corrupción internacional en el marco de la globalización, y he podido detertar como el delito ha ido adecuándose a las tecnologías y mecanismos legales que nos han acontecido con el devenir de los tiempos incluso en algunos momentos llegando a escapar de una regulación adecuada, por avanzar por delante de la propia legislación. Un hecho que demuestra este desacompasamiento entre el derecho y las actividades de corrupción es el auge de las organizaciones criminales desde finales a principios de siglo, cuyos ingresos se ven potenciados por los cambios sufridos en el mundo de los negocios y el fenómeno cada vez más conocido como globalización. Este proceso histórico

de integración mundial ha permitido el gran avance y progreso de la corrupción

Lo que nos permite abordar otro tipo de corrupción, que aunque aparentemente ejercido dentro del margen de la legalidad, es llevado a cabo por empresas multinacionales cuando éstas realizan inversiones en países extranjeros, especialmente, en aquellos en los que existen la costumbre de solicitar un soborno por parte de los funcionarios públicos para poder obtener cualquier contrato público. La consumación de los actos delictivos expuestos anteriormente nos lleva a la consecuencia lógica de una serie de efectos en las legislaciones nacionales de los países de las empresas corruptas. Provocando a su vez un efecto dominó sobre el resto de la comunidad internacional, provocando que dicho colectivo entienda la necesidad de la redacción de instrumentos jurídicos de carácter sectorial y transnacional capaces de prevenir, evitar, y descubrir la corrupción, así como, devolver los beneficios obtenidos a sus legítimos dueños y poner fin a este tipo de delitos mediante sanciones penales.

Una vez delimitado el concepto general, es necesario conocer que dependiendo de una serie de requisitos, se puede estar ante distintas modalidades de un mismo delito. Por ello, esta doctoranda, considero que si bien existe una larga clasificación de delitos de corrupción, en interés del enfoque y contenido de esta obra, debería centrarme más en los que mantenga una mayor relación con el arbitraje internacional tanto comercial como de inversión.

El blanqueo de capitales es un sector muy sensible a comportamientos criminales relacionados con la corrupción, por ello se han realizado diferentes iniciativas desde los distintos ámbitos, como el internacional, el europeo e incluso el nacional, por ello he realizado una identificación de los elementos tipo de la consumación y tentativa de esta clase de delito, así como las distintas regulaciones realizadas por los distintas instituciones. Las comisiones de contratos públicos y licitaciones, es otra de las plataformas, desde la que la corrupción tiene fácil cabida, por ello, se ha buscado, canalizar y controlar y poner freno de una manera lícita a la corrupción mediante el tribunal de Cuentas.

De las medidas y soluciones adoptadas por el ordenamiento español se ocupa el capítulo II, analizando las características del bloque normativo anticorrupción, con especial mención de la ley sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y sus disposiciones para un posterior desarrollo. Y de las comisiones en los contratos públicos, atendiendo a la normativa europea sobre contratación pública tanto desde un ámbito objetivo como subjetivo de las mismas, analizando los procedimientos de adjudicación y la posterior formalización del contrato. Sin duda el órgano fiscalizador por excelencia a este tipo de actividad, es el tribunal de Cuentas. Por ello se hace una reflexión sobre este órgano, cuya principal función está dirigida contra la corrupción, mediante una evaluación de las actuaciones de sus funcionarios públicos, vigilando que éstos cumplan con los principios de economía, eficiencia y eficacia en la actividad pública, a través de los órganos de control internos y externos especialmente creados para el cumplimiento de dichos fines. No perdiendo de vista en este cometido la normativa europea sobre contratación pública así como los procedimientos de adjudicación y formalización del contrato llevado a cabo por las autoridades públicas competentes.

Y siguiendo con esta dimensión española, el capítulo finaliza con el examen de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales sin olvidar su vertiente internacionalista, atendiendo a los sujetos activos y pasivos de la comisión del delito y atendiendo a la posible sanción de la responsabilidad de las personas jurídicas. Sin obviar aspectos tan importantes como el requisito fundamental del beneficio de un funcionario público o un tercero, para que se consuma el delito, o el del objeto del acuerdo, existe un requisito fundamental y es que se lleve a cabo mediante un acuerdo cuantificable entre los sujetos corruptos. Por último, también se analizará la tentativa del delito.

La segunda parte de la presente tesis doctoral se inicia con el capítulo III en el que se investiga la perspectiva desde el momento en que un árbitro, en el curso de la resolución de un procedimiento arbitral del que forme parte, tenga conocimiento de un posible acto de corrupción, como mediador o parte de un tribunal arbitral va a desempeñar un rol con una serie de responsabilidades en los litigios

con indicios de corrupción. Con este propósito, en el capítulo III, en el que se analiza cual es el papel del árbitro internacional en la toma de decisiones arbitral, realizando, con carácter introductorio un estudio y reflexiones de la posible discrecionalidad, dicha sea entre comillas, de los tribunales arbitrales en casos y escenarios reales en la que bien de oficio o a instancia de parte el árbitro ha tenido que adoptar una postura ante un arbitraje con indicios de corrupción.

En la actualidad, existe un sector doctrinal que afirma que existen dos posturas o tendencias, por parte de un árbitro, ante un indicio de corrupción en un procedimiento arbitral. Por un lado, la tendencia represiva, en la que se pretende demostrar que la línea de pensamiento del árbitro va dirigida hacia la protección de valores morales objetivos, los cuales deben regir el pensamiento humano y se ve exteriorizado mediante sus decisiones, en este caso, laudos arbitrales. Para esta línea de razonamiento, pueden darse situaciones en las que existan supuestos que queden desprotegidos de una cobertura legal que les ampare, el derecho no reconoce esa protección de esa modalidad de normas morales y para esas situaciones existe la figura del “juez o árbitro” con la responsabilidad y capacidad de hacer que los infractores de aquellos valores, comiencen a observarlos en todos aquellos casos en los que el derecho positivo guarde silencio o sea moralmente deficiente. La segunda de las posturas según dicha corriente doctrinal, sería una corriente de pensamiento contraria a la anterior, en la que el árbitro ante posibles casos de corrupción, la concebiría como un instrumento o costumbre utilizada en algunos países como uno de los costes lógicos dentro del libre comercio internacional en la que una de las principales misiones de los árbitros será la de defender el ideal de autonomía de las partes. Autonomía por otra parte, que ha sido considerada como un pilar indispensable para la culminación de la realización del libre comercio

Algún elemento diferenciador de los que postulan esta tendencia sería que la corrupción se concilia fácilmente con uno de los propósitos más inmediato del comercio, el ánimo de lucro. El arbitraje se erige como símbolo y elemento natural de dicha autonomía y los árbitros como los depositarios de la misma. Por ello, la tendencia

natural de este tipo de filosofía arbitral sería la de ceñirse a cualquier cuestionamiento sobre la validez contractual y a la propia Acta de Misión. Inicié esta exposición del capítulo indicando que existen dos tendencias arbitrales actualmente admitidas por la doctrina, sin embargo, esta doctoranda, humildemente ha pretendido mostrar que hoy en día los árbitros están sometidos al imperio de la ley al margen de sus pensamientos filosóficos contrarios a la corrupción, actuando en contra de la misma en aquellos supuestos no regulados o con sombras para la ley; o de los defensores a ultranza del libre comercio y la autonomía contractual de las partes que está dispuestos a sacrificar el derecho en pos del comercio internacional. Los árbitros están sometidos a la legalidad de su laudo arbitral sobre todo a la hora de la ejecución de lo mismo, lo que me ha permitido analizar uno de los principales críticas planteadas sobre los laudos, el razonamiento arbitral o precisamente lo contrario, según algunas corrientes, su falta de motivación. Por ello he analizado algunos reglamentos internos de distintas instituciones arbitrales y he podido comprobar que tienen que decir sobre este aspecto. Viendo que uno de los principales requisitos del razonamiento obedece a que se siga un hilo conductor para facilitar la tarea y comprensión a posibles examinadores posteriores que tuvieran que revisar el mismo asunto.

Los códigos operacionales, hasta hace relativamente poco tiempo, era una práctica realizada por las multinacionales inversoras en países extranjeros con el fin de obtener contratos públicos o de inversiones mediante sobornos a funcionarios públicos extranjeros. Mucho ha costado a la comunidad internacional eliminar esta costumbre como práctica habitual y consolidada en ciertos países tercermundistas principalmente, y pocas veces ha sido reconocido dicho comportamiento como lo fue en el laudo del caso *World Duty Free c. Kenia*. Del análisis publicado de esta práctica arbitral se pueden analizar los cambios operados en las prácticas internacionales en esta última mitad de siglo.

Llama la atención, como ciertas pautas van constituyendo unas señales de advertencia o banderas rojas que advierten a los árbitros que bajo ese contrato de aparente legalidad se esconde un contrato cuyo objeto principal es el de la corrupción. Desde mi punto de vis-

ta, considero oportuno enumerar y realizar un análisis de aquellos elementos comunes entre todos estos tipos de acuerdos comerciales o de inversión entre los que caben destacar: la descripción contable vaga o no específica de los pagos realizados; documentos que ocultan la verdadera identidad de un representante o apoderado en un país extranjero; descripciones de pagos realizados que no se corresponden con la cuenta correspondiente; contabilidad general o cuentas diversas que pueden ser utilizadas para ocultar pagos indebidos; exceso de facturación o facturas falsas; cuentas o transacciones no registradas; cuentas de viajes y gastos con información incompleta que son utilizadas para obtener efectivo para realizar pagos indebidos; presentación de informes de cuentas de gastos falsas o inexactas; declaraciones erróneas de las transacciones realizadas el tipo de contrato utilizado en las transacciones siempre suelen ser de comisión, de agencia o de intermediación; la especificación de servicio no está bien definidos; las comisiones son desproporcionadas.

Parece que el análisis del deber del árbitro debería ir de la mano de la responsabilidad de otro de los actores del arbitraje internacional, el Estado. Por ello, me he aventurado a indagar sobre un terreno muy inconmesurable como es la responsabilidad de los Estados por la realización de un acto ilícito.

Para finalizar este capítulo III, se expondrá una serie de puntos sobre los que ciertos sectores doctrinales han considerado oportuno indicar posibles problemas y soluciones a la proliferación de alegaciones de corrupción realizadas por los Estados en las últimas décadas en los arbitrajes de inversiones internacionales. Si hasta ahora hemos ponderado el papel que desempeñan las partes del contrato que se presentan ante un tribunal arbitral y el propio rol de dicho tribunal en relación a un acto de corrupción, me ha parecido oportuno, realizar una exposición de cómo sería la interacción entre Derecho internacional público y el arbitraje de inversión en la lucha contra la corrupción. Soy consciente de lo mucho se ha escrito, sobre el tema de la responsabilidad del Estado por un acto ilícito internacional, por personas eruditas en la materia, sin embargo, desde mi punto de vista amateur, he considerado que sería edificante e instructivo para esta tesis doctoral, lo que algún otro autor han

expuesto como una posible solución ante los problemas que suscitan las constantes alegaciones por parte de los Estados receptores de que un Gobierno anterior a su legislación hubiera otorgado mediante licitaciones, inversiones a compañías extranjeras no basándose en los criterios más beneficiosos de adjudicación como las leyes de las Administraciones Públicas obligan sino mediante sobornos que nada tiene que ver con el interés general del país de la licitación y mucho que ver con el interés particular del funcionario público.

No existe gran abundancia de laudos arbitrales en los que se haya aludido a la responsabilidad del Estado por aquellos casos en los que se hayan detectado actos de corrupción. Las posibles causas pueden ser las limitaciones que la propia ley aplicable otorgue al caso, o en otros que el APPRI aplicable se refiera en exclusiva a la aplicación de la legislación nacional. Tras analizar una serie de casos sobre corrupción, podríamos decir que existen muy pocos laudos arbitrales que hayan contemplado siquiera la posibilidad de responsabilizar dentro del marco normativo existente a un Estado por hechos de corrupción, tan sólo se puede nombrar un caso en el que se llegó a considerar dicha posición, el caso conocido como *World Duty Free c. Kenia*. Este laudo se acercó a la cuestión de la responsabilidad y atribución únicamente desde la perspectiva de la legislación nacional. Desde mi modesto punto de vista, esto pueda deberse a que los tribunales arbitrales puedan temer que un laudo más determinante en la lucha contra la corrupción, pudiera constituirse en un motivo legal para que una de las partes plantee la anulación del laudo. Junto con esta limitación conceptual, podríamos decir que también existen unas limitaciones de carácter jurisdiccional contenidos en los propios tratados de inversión.

Aunque, tal y como se expone en este capítulo no se tiene constancia, todavía, de la existencia de laudos arbitrales que atribuyan la responsabilidad a un Estado por haber cometido un acto ilícito de corrupción por parte de un funcionario público de dicho país, sí que se puede decir que algunos de los tribunales arbitrales comienzan a considerar que la conducta realizada por algún Estado receptor no es el que se espera por parte de la comunidad internacional y por ello no ha tenido ningún reparo en sancionarlo por actos cometidos



por sus funcionarios públicos, por considerar que de algún modo ha “participado” en un ilícito internacional. Este ha sido un pequeño paso en esta lucha contra la corrupción a través de la responsabilidad del Estado, todavía es pronto para admitir que exista cualquier consenso internacional de que se esté planteando un avance en que la corrupción de funcionarios públicos puede o debe comprometer la responsabilidad del Estado en el que se realizó la inversión.

Las cuestiones planteadas en este capítulo han sido muy sencillas y directas pero ante el panorama actual, si bien existe respuesta, esta tiene un carácter muy complejo y poco esclarecedor. La aceptación de responsabilidad de un Estado por los hechos realizados por un Gobierno por actos de corrupción y en qué circunstancia podría contemplarse dicha responsabilidad es, todavía de difícil respuesta, si bien a lo largo de este último título veremos cómo se van dibujando ciertas perspectivas muy interesantes para poder luchar contra la corrupción. Para dar respuesta a estas y otras cuestiones, he realizado un análisis a ciertos principios y supuestos entre los que cabe destacar: a) ¿qué circunstancias serían requisito necesario para que se admitiese la responsabilidad del Estado como consecuencia de que uno de sus funcionarios públicos haya cometido un delito de corrupción?; b) la responsabilidad por corrupción es un tema aparte de la propia responsabilidad contractual o convencional; suele ser un acuerdo de realizado para la obtención de un contrato a través de la corrupción; tales acuerdos de inversión probablemente serían anulables y / o imposible de cumplir bajo la ley de contrato nacional aplicable; c) ¿puede quedar comprometida la responsabilidad internacional de un Estado por un acto de corrupción cometido por uno de sus funcionarios públicos?; d) en el supuesto de que la solicitud de soborno se haya realizado por un funcionario público, con la intención de extorsionar a un inversor extranjero, y éste no paga libremente el soborno, la responsabilidad internacional del Estado anfitrión queda afectado; e) existen otros supuestos en los que el funcionario no solicita el soborno pero si lo acepta de un inversor que de manera totalmente consciente y valiéndose de dicha actitud se beneficia de esta ventaja por encima del resto de sus competidores, en los que debe entenderse que dichas actividades si bien deben ser consideradas totalmente ilegales,

deben tenerse en cuenta como una conducta privada entre las partes y no atribuible al Estado receptor, por ello el Estado de acogida podrá utilizar como instrumento jurídico de defensa una alegación de excepción a la jurisdicción de un tribunal arbitral por actos de corrupción; f) al hilo del anterior supuesto, cabría preguntarse qué sucedería en aquellos casos en los que apareciesen terceras partes que desconocían de la existencia de corrupción y les ha perjudicado el comportamiento de dichas partes, ¿sería el Estado anfitrión responsable de los daños causados a ese tercero?; g) finalmente, cabe otra observación sobre aquellos casos en los que un Estado receptor alega como medio de defensa frente a las reclamaciones de los inversores, tanto los principios de aquiescencia en el derecho internacional (incluyendo la ley sobre la responsabilidad del Estado) y el deber de perseguir la corrupción (en virtud del derecho nacional e internacional contra la corrupción) debe obligar al Estado demostrar que tiene o está investigando activamente y pretende procesar a los funcionarios públicos que presuntamente recibieron sobornos.

La aplicación del derecho internacional sobre la responsabilidad de los problemas de corrupción transnacionales en arbitraje de inversión debe obligar a cualquier Estado receptor a dar severo cumplimiento de sus obligaciones nacionales e internacionales contra la corrupción, antes de permitir que esta materia pueda ser utilizada únicamente una medida para negar la jurisdicción del tribunal.

La corrupción transnacional no puede ser combatida eficazmente con un enfoque en el que el castigo recaiga únicamente sobre el inversionista extranjero, que es sólo una de las incógnitas de esta ecuación. Los Estados azotados por la corrupción serán condenados a repetir los fracasos de sus ámbitos públicos, siempre y cuando no se les exija algún compromiso mayor

Quizás uno de los compromisos más simples sean la de exigir a cualquier Estado, para que pueda alegar que ha existido corrupción en su Administración pública, que ha iniciado un procedimiento contra todos los funcionarios presuntamente implicados en dicha corrupción.

Para dar respuesta a estas y otras preguntas se analizará los distintos elementos importantes de esta ecuación en la que el resultado

es la corrupción, los elementos activos suelen ser los funcionarios públicos y los inversores extranjeros. Se tratará un tema bastante espinoso como es la responsabilidad del Estado receptor de la inversión de la responsabilidad individual, de la entidad extranjera inversora. Para ello, un recurso utilizado a lo largo de toda esta tesis doctoral, la rica jurisprudencia dejada por los principales laudos en materia de corrupción sobre el arbitraje de inversiones y la posible responsabilidad de Estado. Y el siguiente paso, de todo punto de vista lógico, sería la responsabilidad del Estado analizada en relación a la propia corrupción transnacional. Indagando y recabando información sobre los comentarios realizados por los relatores, Sr. J. Crawford y R. Ago he podido llegar a exponer un posible marco posible de la responsabilidad del Estado y cuáles deben ser los elementos del hecho internacionalmente ilícito. Buscando captar el reconocimiento de dicha responsabilidad en algunos casos de corrupción expuestos. Para entender la relación entre la corrupción y los artículos de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, he tenido que buscar dentro del delito de corrupción, ¿cuál es la posible atribución a ésta del hecho internacionalmente ilícito, existe algún nexo de conexión ente ambas figuras jurídicas?.

La validez del convenio arbitral dentro del contrato de corrupción es tratada en el capítulo IV. Cada vez es más habitual que las alegaciones realizadas por alguna de las partes ante un tribunal arbitral suela ser las de existencia de corrupción, por ello, este capítulo pretende ser una reflexión sobre dichas denuncias y las implicaciones y efectos que suelen tener sobre las decisiones arbitrales.

El principio de separabilidad o divisibilidad del acuerdo arbitral, conlleva que la cláusula de sometimiento arbitraje como medio de resolución de disputas entre las partes, debe ser considerada como un “acuerdo escindible” del contrato principal en el que generalmente se integra. La intención de esta doctoranda ha sido el de exponer cuales son las consecuencias aparejadas a dicha separabilidad si el contrato inicial es contrario al orden público o es un contrato ilícito por ser su objeto un acto de corrupción. Nada más clarificador que mostrar la jurisprudencia arbitral a través de distintos laudos arbitrales emitidos por distintas instituciones arbitrales, para

poder esclarecer cuales son las últimas tendencias sobre esta materia.

El laudo Lagergren ha sido uno de los más comentados en el ámbito de la corrupción internacional, así como su solución salomónica. Si bien se ha hablado de la responsabilidad y obligación del árbitro de investigar posibles casos de corrupción que ante ellos se plantean, he considerado oportuno, delimitar de algún modo dentro del marco jurídico cual sería el posible marco a dicho deber.

Algunos de los problemas, que cada vez son más comunes en el marco de la corrupción y el arbitraje internacional es la presentación de existencia de actos corruptos en la fase de alegación. Del estudio de estos comportamientos trata el capítulo V, en el que cada vez más dicha práctica tiende a ser planteada principalmente por los Estados receptores como defensa a la demanda planteada por la otra parte. Por lo que resulta interesante un análisis comparativo sobre las actuaciones realizadas por los distintos tribunales arbitrales ante distintas casuísticas en la que los Estados anfitriones de la inversión han pretendido impugnar la competencia del tribunal arbitral, recurrir a la admisibilidad de las alegaciones planteadas en contra de su jurisdicción o solicitando la anulación de la cláusula arbitral. Resulta interesante, desde los distintos tipos de patrones presentados tanto por el Estado receptor como por el inversor extranjero, comprobar cuáles son las auténticas pretensiones de las partes cuando solicitan la excepción a la jurisdicción del tribunal mediante una alegación de existencia de corrupción cuando lo que en realidad intentan hacer es eludir dicha jurisdicción y la sanción que ésta pudiera dictar en su contra.

Realizadas las alegaciones de corrupción por una de las partes del procedimiento arbitral, se dará lugar a la presentación de las pruebas que den fundamento a los hechos en que se funda dichas alegaciones.

Por último la tercera parte de esta tesis, se inicia en su capítulo VI en el que se trata de dar solución a la dificultad de probar la corrupción. Siendo conscientes que la aportación de este tipo de prueba suele ser especialmente complicada debido a que generalmente la parte que consume el delito suele tener a su disposición

suficiente poder y recursos como para eliminar cualquier rastro o evidencia probatoria de la perpetración del mismo. Los tribunales son conscientes del problema al que se enfrentan cuando se realiza este tipo de denuncias, por lo que he realizado un estudio pedagógico y práctico del rol que adopta el árbitro internacional a la hora de estudiar y valorar la prueba sobre actos de corrupción. He hecho mayor incapié en los distintos aspectos de la prueba, en primer lugar, a quién corresponde la carga de la prueba en las alegaciones de corrupción, entendiendo como tal, cuál de las partes debe presentar la prueba, realizado un análisis comparativo con los laudos arbitrales publicados por distintas sedes de arbitraje internacional, para a continuación, indagar en un aspecto de la prueba, más complejo que se identifica con la cantidad o umbral de prueba necesaria para establecer a partir de qué momento la alegación o acusación ha quedado suficientemente probada y por lo tanto debe ser admitida como válida por el tribunal. Dicha hipótesis o acusación debemos recordar que podrá ser realizada sobre un hecho individual o por el contrario el caso en su conjunto. Los tipos de estándares de prueba más utilizados en la práctica arbitral, suelen ser de dos tipos, el estándar ordinario y el elevado, ambos tipos de estándares han ido encontrado su sitio dentro de la jurisprudencia del arbitraje comercial y de inversiones, por lo que he considerado una vez más que la senda más adecuada para ilustrar sobre estas prácticas arbitrales es a través de las ricas casuísticas publicadas por las distintas sedes arbitrales. No cabe duda que este análisis no estaría completo si no se realiza una exposición de la interacción de las pruebas obtenidas por las autoridades y los tribunales arbitrales y de cuales pueden llegar a ser los efectos de la inactividad de la jurisdicción judicial en la prueba arbitral.

Por último, y no menos importante, una vez más nos referimos a una serie de banderas rojas o indicadores que deben alertar a los árbitros y tribunales arbitral de que el caso sobre el que están teniendo conocimiento y deben resolver, está contaminado por actos de corrupción. Sobre este tema resulta interesante la lista de indicadores de corrupción que en su día redactó Lord Woolf, expresidente del tribunal Supremo de Inglaterra y Gales, entre los que destacaba que eran delatores de actos de corrupción ciertas conclusiones

o datos que arrojaban el propio caso, tales como: un asesor con falta de experiencia en el sector; que el asesor no residía en el país donde lo se encontraba el cliente o el proyecto; falta de una presencia comercial significativa de la Asesora en el país; un asesor con peticiones de pagos “urgentes” o altas comisiones; peticiones de pagos en efectivo o que éstos se realicen en un tercer país o en una cuenta bancaria numerada o a alguna otra persona o entidad; el asesor mantiene una estrecha relación personal/profesional con el gobierno o con clientes que podrían influir indebidamente en favor del cliente asesorado.

Las posibles consecuencias jurídicas y efectos que se producen cuando un tribunal arbitral dictamina que se ha cometido un acto de corrupción en un sector muy importante a la hora de valorar una prueba objetiva de existencia de corrupción. El presente estudio tiene una consideración más amplia y genérica cuyo principal objeto es el de indicar cuáles son los principales criterios informadores que rigen los efectos del delito cometido. Esta exposición se inicia con una breve referencia al ya aludido principio de separabilidad del contrato principal con respecto de la cláusula de sometimiento a arbitraje, la gran mayoría de los casos, inserta en el mismo contrato.

Para a continuación realizar un estudio concreto de las consecuencias jurídicas que producen el dictamen del tribunal arbitral declarando la existencia de actos de corrupción desde un punto de vista tanto dogmáticos como prácticos partiendo de la base de que dicho sometimiento a arbitraje en aquellos casos en los que existan desacuerdo entre las partes del contrato, podrá ser declarado nulo o anulable dependiendo del caso concreto. Sobre la admisibilidad y el fondo de la demanda, en dicho epígrafe he pretendido analizar, que una vez que ha sido constatada la existencia de corrupción, como afecta ésta a la admisibilidad y el fondo de las reclamaciones de la parte corrupta. No debemos olvidar que las cuestiones de admisibilidad y fondo del asunto, vienen determinadas por la ley aplicable previamente elegida por las partes en el contrato suscrito por las mismas y que en la gran mayoría de legislaciones nacionales se establecen una distinción entre los contratos que se han obtenido mediante actos de corrupción y los contratos que contemplen la

corrupción. Dicha distinción es de todo punto de vista necesaria, ya que la consecuencia jurídica entre un supuesto y otro va a ser relevantemente distinta. Puesto que un contrato anulable va a seguir produciendo efectos por ser intrínsecamente válido mientras no devenga su invalidez, mientras que un contrato declarado nulo se convierte en un acuerdo totalmente ineficaz a la hora de producir derechos y obligaciones.

Una de las últimas tendencias más evidentes en los arbitrajes es la de practicar por parte de alguna de las partes alegaciones de actos de corrupción, lógicamente esto no significa que los tribunales arbitrales no tengan la obligación de analizar todos y cada uno de los supuestos de sobornos ante ellos planteados para su correcto examen y solución.

Por ello en este capítulo se ha realizado un análisis en práctico sobre las consecuencias jurídicas y efectos que un tribunal arbitral considera ajustados a Derecho en la práctica del arbitraje de inversión. La gran mayoría de consecuencia podríamos decir que si la corrupción quedarse suficientemente demostrada, la parte demandada carecería de legitimación activa, y el Centro de jurisdicción y el tribunal arbitral de competencia para poder conocer y dictaminar sobre el caso.

En el campo del arbitraje comercial, existe una casuística en los que la admisión de la existencia de corrupción únicamente se admite cuando exista una norma jurídica que prohíba dicha práctica en el ámbito del comercio internacional. En este punto, se pretende poner en evidencia que una declaración de existencia de corrupción por parte de un tribunal arbitral conllevará la nulidad de la relación entre las partes y una serie de consecuencias de dicha nulidad. Mientras que el tribunal planteará otro tipo de sanciones alternativas a dicha nulidad cuando las evidencias de corrupción no sean tan claras sino “supuestamente” corruptas, es decir, la corrupción no ha podido ser demostrada de forma fehaciente ni de manera satisfactoria para el tribunal. Es necesario puntualizar que en aquellos supuestos en los que un tribunal ha dictaminado una nulidad absoluta del contrato comercial ha sido debido a que dicha corrupción está en directa conexión con una serie de prohibiciones jurídicas,

tales como contratos ilícitos en un determinado país, que cualquiera de sus cláusulas sean contrarias abiertamente al orden público o la relación corrupta entre las partes hayan sido declaradas inmorales o perjudiciales para el comercio internacional. Existe un punto común a los tres fundamentos jurídicos que hemos mencionado, y es que la corrupción es contraria a cualquier materia de interés general. Y dicho interés es la justificación necesaria a tener en cuenta a la hora de proteger un elemento de notable importancia en todo Estado y esto es la intención de proteger la integridad de la función pública y la conducta honesta del comercio transnacional. La necesidad de proteger el interés general hace que las respuestas otorgadas a la corrupción sean enérgicas. En particular, se suele considerar que un contrato que se ha demostrado que está afectado por la corrupción es nulo y sin efecto.

El efecto que produce la declaración de nulidad sobre un contrato comercial, es otro de los puntos expuestos en este capítulo, siendo necesario para dar respuesta a este planteamiento jurídico, discernir entre diferentes de los no celebrados a los celebrados parcialmente.

Sobre el efecto que el incumplimiento del orden público transnacional tiene sobre los contratos podremos decir que la doctrina ha sido unánime a lo largo de toda la práctica arbitral realizada desde hace décadas con respecto a este asunto y de manera tajante considera que cualquier delito de corrupción debe ser considerado como una clara violación del orden público internacional y por lo tanto debe ser tenido en cuenta a la hora de dictaminar cualquier laudo o ejecutar cualquier laudo arbitral.

Si en uno de los primeros capítulos de este trabajo doctoral, se ha analizado sobre la responsabilidad y posible papel que adopta el árbitro ante cualquier supuesto de corrupción, me ha parecido oportuno terminar la presente tesis realizando un estudio, sobre la posible o imposible responsabilidad de los Estados en aquellos supuestos en los que hayan sido declarados culpables de haber cometido actos de corrupción.





## **PARTE PRIMERA**

### **ASPECTOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN INTERNACIONAL**



# CAPITULO I

## LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

### I. Concepto de corrupción

#### *1. Delimitación de la figura*

Delimitar el concepto de corrupción y que éste sea aceptado y compartido por los distintos ordenamientos jurídicos del ámbito internacional, es más importante desde el punto de vista práctico que desde el teórico. Así quedó demostrado en los estudios preliminares a la redacción del proyecto de Acuerdo Internacional acerca de los Pagos Ilícitos, presentado ante la Comisión de Empresas Transnacionales de Naciones Unidas<sup>1</sup>.

Las fórmulas al uso no suelen contemplar todos los supuestos que tendrían cabida dentro del término corrupción. El término corrupción ha sido analizado desde distintas perspectivas y disciplinas tanto jurídicas, económicas como culturales, sin embargo, en el

---

<sup>1</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Informe de la Comisión de Empresas Transnacionales sobre su 17º Período de Sesiones*, E/1991/31/Add.1; E/C.10/1991/17/ Add.1 de 4 de julio de 1991, Apartado II, esp. pp. 11-14. Vid. Naciones Unidas, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal *Informe del Secretario General a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal*, Sexto Período de Sesiones, Viena, 28 de abril a 9 de mayo de 1997. Promoción y mantenimiento del imperio de la ley y la buena gestión de los asuntos públicos; medidas contra la corrupción; E/CN.15/1997/3; especialmente pp. 4 ss.

ámbito en el que ésta se da más frecuentemente es en el del comercio internacional.

Con carácter provisional podemos adelantar que los actos de corrupción deben reunir las siguientes características:

i) Todo acto de corrupción implica necesariamente la violación de un deber posicional, ya que quienes realizan un acto corrupto, transgreden alguna de las normas que rigen el cargo que ostentan o la función que cumplen. Aunque parezca que este tipo de actividad únicamente puede ser llevada a cabo por un agente público no es así, ya que la corrupción puede también darse en el sector privado.

ii) La realización de un acto de corrupción no siempre conlleva una acción antijurídica. Que un acto corrupto sea legal o ilegal, desde un punto de vista penal o administrativo, dependerá únicamente del tratamiento legal que el ordenamiento jurídico de un país le atribuya. Precisamente, este es uno de los principales problemas a los que se enfrenta la lucha contra la corrupción, dentro del sector del comercio internacional. Para algunos países sobornar a un funcionario público extranjero no puede ser considerado como una actividad ilícita. También existen casos en los que el soborno no se entrega con la intención de que la persona sobornada realice o tome una resolución contraria a derecho, sino que la intención del pago es para que cumpla con una obligación legal o la acelere, este es el caso de los llamados “pagos de engrase”, “pagos acelerador” o “pagos de peaje”<sup>2</sup>.

iii) La corrupción está siempre vinculada a una expectativa de obtener un beneficio extraposicional y dicho beneficio debe constituir una ganancia de carácter económico, político, profesional. Pero para que el acto de corrupción se perfeccione, es suficiente con que la parte que espera recibir el soborno considere que es valioso para

---

<sup>2</sup> Vid. J.F. Malem Seña, *El fenómeno de la corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 33; F. Laporta y S. Álvarez, *La corrupción política*, Madrid, Alianza, 1997, pp. 71 ss.

él, independientemente del valor real del mismo<sup>3</sup>. Alguien se corrompe inmediatamente después de aceptar, solicitar o recibir, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida para sí mismo o para otra persona, o de aceptar la oferta o promesa de esa ventaja, para que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, y pese a que exista corrupción, ésta no se consideraría un delito si transcurrido un breve periodo de tiempo, el beneficio, soborno o regalo fuere devuelto, siempre y cuando se cumpliera el requisito de que el soborno no hubiese sido solicitado por la persona sobornada<sup>4</sup>.

iv) Los sobornos tienden a realizarse de forma secreta o al menos en un marco de máxima discreción. La corrupción al tener un significado negativo en nuestra sociedad, al considerarse una práctica antijurídica y desleal, tiende a realizarse abstraída de lo público<sup>5</sup> muy pocas empresas admiten que realicen prácticas corruptas para obtener contratos internacionales millonarios de explotación o construcción.

El éxito de que el acto corrupto se mantenga en secreto, depende en gran medida de la satisfacción de las partes implicadas en el mismo, ya que si el beneficio directo o indirecto prometido no se recibe o la acción contraria a la función debida del sobornado no se realiza o deja de realizarse, la parte insatisfecha, tratará de obtener dicho beneficio por todos los medios a su alcance, llegando incluso a dar publicidad al acuerdo. Existe otra forma de realizar actos co-

---

<sup>3</sup> En tal sentido falló la Suprema Corte de Justicia Coreana condenando a un funcionario público por haber recibido acciones de una empresa cuyos valores a precio de mercado resultaron ser insignificantes *Vid.* D.Y. Jun, “Bribery Among the Korean Elite: Putting End to Cultural Ritual and Restoring Honor”, *Vand. J. Transnat’l L.*, vol. 29, 1996, pp. 1071–116.

<sup>4</sup> En este sentido, *Vid.* Council of Europe, *The Text of this Explanatory Report to the Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption*. (ETS. No. 191).

<sup>5</sup> *Vid.* J.F. Malem Seña, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 27.

ruptos revestidos de legalidad, esto es a través de contratos de consultoría, mediante los cuales una empresa extranjera acuerda con un tercero un porcentaje o cantidad sobre el contrato que éste obtenga para la misma. Generalmente se añade a dicho acuerdo una cláusula arbitral para que en caso de desavenencias futuras entre las partes, éstas se resuelvan en el centro de arbitraje elegido por las mismas.

Por lo tanto, podemos concluir que actos de corrupción, serán aquellos que constituyan una violación activa o pasiva de un deber posicional o el incumplimiento, ya sea por acción u omisión de una función específica realizada en el marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional para sí mismo o un tercero de cualquier naturaleza.

La Convención Interamericana contra la corrupción<sup>6</sup> ha definido que son actos de corrupción realizados por funcionarios públicos, aquellos que constituyan el en requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas. Asimismo, también considera un acto corrupto, el ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas. Todavía da un paso más y concreta que será entendida como corrupción la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para

---

<sup>6</sup> Convención interamericana contra la corrupción la cual fue suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996. Menos de un año después, el 6 de marzo de 1997, entraría en vigor cuando, conforme a su artículo XXV, transcurridos 30 días desde que un segundo Estado depositara su instrumento de ratificación.

un tercero. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y la participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos anteriormente referidos. La Convención da un paso más y deja un margen de maniobrabilidad a los Estados parte que de mutuo acuerdo podrá considerar cualquier otro acto de corrupción que no se hubiere contemplado en ella<sup>7</sup>.

## *2. Perspectiva económica*

En una economía de libre mercado, no debe haber intervención del Estado, por ello, tradicionalmente, este tipo de economía ha sido definida por el liberalismo económico como el sistema más eficiente y justo, como el único capaz de alcanzar una situación de óptimo de paretiano. El mercado basado en la mutualidad y la igualdad de los agentes económicos, sin espacio o cabida a una economía de monopolio o cárteles. El propio mercado es el cauce idóneo capaz de producir la información necesaria en las necesidades económicas, capaz de optimizar la utilización de recursos disponibles, siendo el mejor instrumento para ajustar la oferta y la demanda. Por todo ello, el Estado estaría considerado como un elemento distorsionador de esta competencia perfecta, sería considerado como una interferencia, que no permitiría alcanzar este óptimo paretiano.

En el siglo XIX, las bondades predicadas y enunciadas por la corriente liberalista tuvieron que ser matizadas, por una nueva la de la economía del bienestar, existen ciertos efectos externos que convierten a ese llamado “mercado perfecto” en un “mercado imperfecto”, el mercado no es capaz de conseguir resultados eficientes en materia de recursos, se aconseja la intervención regulatoria del Estado, el Estado ya no se considera un estado perfecto, por el contrario existen unas externalidades que lo convierten en un mercado

---

<sup>7</sup> Art. 6 de la Convención interamericana.



imperfecto<sup>8</sup>. Según la economía del bienestar, no siempre los precios de mercado aseguran la obtención de un resultado eficiente o un equilibrio competitivo, ya que en muchas ocasiones aunque exista una situación de equilibrio de mercado los precios no reflejan realmente cual es la valoración marginal de los consumidores o cual es el coste marginal de una unidad adicional de los productos, lo cual provoca una mala utilización de los productos, produciendo una sobre utilización de los mismos o por el contrario una infrautilización de éstos.

Cuando el mercado no es capaz de lograr resultados eficientes en la asignación de recursos, hay varias razones para considerar la necesidad de intervención del Estado.

En opinión de varios autores<sup>9</sup>, la intervención del Estado desde el punto de vista económico, no solamente se hace necesaria por las ineficiencias que surgen dentro del propio sistema de mercado, como ya hemos indicado, sino que también se hace necesaria cuando el sistema de mercado no sea capaz de satisfacer ciertas demandas sociales en las formas deseadas, en estos casos, el Estado, debe satisfacer esas necesidades interviniendo desde una posición de monopolio, el Estado analizará las formas y costes de su participación y los instrumentos económicos que necesitará para ello. Si para llegar a satisfacer la demanda necesaria y no ofrecida por el mercado, el Estado requiere de la participación activa de ciertos agentes económicos privados, es aquí, en esta participación donde se da cabida a la corrupción, el funcionario público puede querer una renta ilícita de la empresa intermediaria seleccionada para la gestión del servicio necesitado por la sociedad. Por ende, si el funcionario es el único encargado de obtener los instrumentos necesarios para satisfacer la demanda, vemos que éste lo hace desde la misma situación anteriormente descrita de monopolista. Lo que

---

<sup>8</sup> J. Parejo Gamir, A. Calvo Bernardino y J.P. Gutiérrez, *La política económica de reformas estructurales*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, p. 197.

<sup>9</sup> Vid. E.A. Fabián Caparrós, *La corrupción del agente público extranjero e internacional*, Valencia, Ed.Tirant Lo Blanch, 2003 pp. 28-31; J.F. Malem Seña, *op. cit.*, p. 44

provoca que la empresa seleccionada a la hora de fijar su precio de venta, será la suma de todos los coste, el margen de ganancia más el demandado por el funcionario (coste de corrupción), lo que lógicamente encarece el precio final del producto, lo que esa diferencia entre el precio real y el precio al que añadimos el coste de corrupción, si dicho coste van a las arcas del funcionario, lógicamente redundará directa y negativamente en las arcas del Estado o Presupuestos Generales del Estado. Si se diera el caso, que el poder de elección de la empresa intermediaria, recayera entre dos o más funcionarios o entidades públicas, podríamos decir que esa competencia entre comillas, provocaría la ausencia de monopolio del funcionario público del caso anterior y supondría que el coste de la corrupción sería menor, ya que el sector público encargado de proveer esta demanda tendría menor índice de maniobrabilidad.

Con estas pequeñas pinceladas podemos decir que la corrupción desde un punto de vista económico sería el coste marginal de corrupción, como el precio del intermediario, en el que el proveedor del servicio se aprovecha de una renta ilícita por la situación de poder que ostenta y que le permitirá amplios márgenes de beneficio.

Podríamos también mencionar otras definiciones dadas por expertos economistas entre ellos cabe destacar la enunciada por Vito Tanzi,

“... la corrupción es el abuso de poder público, definido como el poder del monopolio, que tiene el Estado sobre la provisión de determinados bienes y servicios, en donde los beneficiarios pueden ser personas individuales o grupos sociales”.<sup>10</sup>

La definición más simple y popular de corrupción es la dada por el Banco Mundial, la corrupción es “el abuso del poder público en beneficio privado”, sin embargo esta definición se centra única-

---

<sup>10</sup> V. Tanzi. “Corruption Around The World: Causes, Consequences, Scope And Cures”, *Working Paper WP 98/63, Washington, FMI*, mayo de 1998; R. Theobald, *Corruption, Development and Underdevelopment*, Durham, Duke University Press, 1990, pp. 2 ss.

mente en la corrupción del sector público, dejando sin cabida al sector privado<sup>11</sup>, hoy ya se ha quedado obsoleta dicha definición ya que estudios sobre la materia ha dejado más que constatado que la corrupción no solo afecta al sector público sino también al privado.

### *3. Perspectiva jurídica*

Desde el punto de vista jurídico tampoco existe una definición taxativa, sino todo lo contrario. Podemos llegar a obtener la definición de corrupción a través de dos fuentes: una legal, la de los propios Tratados internacionales, Leyes nacionales u otras fuentes del Derecho, y otra la institucional, emitidas por las distintas instituciones internacionales que trabajan contra la corrupción.

A través de fuentes legales: las distintas convenciones ratificadas hasta hoy sobre corrupción, proponen una definición amplia de este concepto, de manera que engloban en el término corrupción a una serie de actividades o conductas tipificadas como: soborno activo o pasivo, malversación de fondos, abuso de poder, así como, cuando se realiza cualquier actividad que viole las reglas que establecen medidas de prevención de las distintas convenciones como pueden ser: la violación de las obligaciones de presentar declaración jurada, situaciones de conflictos de intereses, trasgresión de las normas de transparencia en la financiación de partidos políticos, irregularidades en licitaciones<sup>12</sup>

Especial mención merece la Convención contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales en las que se definen la corrupción como aquellas actividades realizadas por un funcionario público de manera no afines o que éstas excedan de las funciones de su cargo como:

---

<sup>11</sup> *Supra cit. Working Paper WP 98/63*, Washington, FMI, mayo de 1998

<sup>12</sup> Resolución 55/25 de la Asamblea General Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 8 de enero de 2001.

i) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

ii) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

iii) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

iv) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

v) La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que anteriormente hemos citado.<sup>13</sup>

En sus términos más sencillos, la corrupción de un funcionario, puede definirse, como la extralimitación o abuso de las funciones de un cargo público y de los recursos públicos en beneficio personal o en favor de una persona o grupo al cual se profesa lealtad. La

---

<sup>13</sup> Convención Interamericana Contra La Corrupción, adoptada en Caracas, Venezuela el 29 de marzo de 1996.

corrupción es un proceso recíproco que abarca a miembros tanto del sector público como del sector privado. Por ello, no solo podemos hablar de corrupción en el sector público. Se ha dicho muchas veces que para que exista corrupción hacen falta dos partes, una que reciba el pago indebido y otra que lo entregue. De manera que aun cuando estamos hablando del sector público, generalmente hay alguna empresa o persona privada que está involucrada y que por lo tanto—desde un punto estrictamente moral— es cómplice del acto de corrupción.

Gran parte de la literatura reciente en materia de corrupción<sup>14</sup>, muestran su medición objetiva y los esfuerzos para combatirla, lo cual contribuye a definir mejor las sanciones a aquellos que participan en la comisión de este tipo de delito. Sin embargo, también en las transacciones estrictamente privadas hay dimensiones de corrupción que han existido en el pasado pero que en tiempos más recientes han tenido gran difusión. Tanto en el ámbito de las finanzas como en el campo bursátil y en el de servicios profesionales han aparecido muchos ejemplos que reflejan prácticas corruptas.

En Estados Unidos y en Europa es donde se concentran en los últimos años un sinnúmero de casos de este tipo. Esas prácticas incluyen por ejemplo, casos de grandes conflictos de intereses para las empresas de auditoría externa, que simultáneamente son, de forma directa o a través de sus afiliadas, consultores de sus clientes auditados en diversas áreas de actividad. Muchas veces los informes auditados no reflejan la realidad financiera y patrimonial de las empresas y los auditores no destacan los puntos vulnerables de los Estados. Más aún, hay oportunidades en que no siguen los mínimos procedimientos estandarizados y prácticas generalmente aceptadas por la profesión contable<sup>15</sup>. Al mismo tiempo, las empresas audita-

---

<sup>14</sup> Entre otros, J. L. de la Cuesta Arzamendi “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, n.º. 17 2003; A. de Lotbinière McDougall “International Arbitration and Money Laundering” *American University International Law Review*, vol. 20, n.º 5.

<sup>15</sup> El caso más conocido recientemente, aunque no el único, ha sido el de la compañía de energía Enron y sus prácticas de gestión y de registro contable

das ofrecen contratos muy jugosos a las compañías consultoras que son ramas paralelas de una misma organización que las auditoras. Esta es una práctica corrupta que está poniendo en serio peligro una parte esencial del funcionamiento de los mercados de capitales.

---

avalado y en casos encubiertas por la auditora Arthur Andersen. En el colapso de World Com se han verificado prácticas incorrectas de registración de ingresos por valores de varios miles de millones de dólares. Esto ha precipitado en el Congreso de los EEUU la urgente discusión de reformas en las regulaciones de la gobernabilidad empresario.

## II. Corrupción internacional

### 1. La corrupción en el marco de la globalización

La constante y progresiva comunicación e interdependencia entre los distintos países en ámbitos económicos, políticos y socioculturales conlleva una serie de ventajas, pero a su vez, también acarrea una serie de problemas de gran importancia en el marco de la corrupción. En la misma medida que la globalización favorece los cauces financieros y políticos, fomenta los diferentes actos de corrupción<sup>16</sup>.

El fenómeno de la globalización<sup>17</sup> en el entorno del comercio internacional ha fomentado la delincuencia organizada transnacional y especialmente la corrupción. De un lado, ha provocado la aparición de nuevas figuras económicas e institucionales que ha ido desplazando poco a poco a los Estados en favor de áreas regionales de integración.

Por otro lado, la falta de armonización entre los ordenamientos jurídicos nacionales, que existía hasta hace muy poco tiempo, ha facilitado las conductas ilícitas permitiendo la *jurisdiction shopping*<sup>18</sup>, es decir, elegir el fuero que más les beneficiase a efectos punitivos del delito cometido. Generalmente, los países en vías de

---

<sup>16</sup> Vid. M. Madrid Juan, "Recomendaciones de la OCDE sobre pagos ilícitos en las transacciones económicas internacionales", *Cuadernos de Información Económica*, ICE, nº 741, mayo 1995, pp.47-54.

<sup>17</sup> Vid. J.C. Fernández Rozas, "El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización", Escriba. *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, n.º 5, 2000, pp. 161-230.

<sup>18</sup> Vid. E.A. Fabián Caparrós, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, op cit, p. 37.

desarrollo, son los más propensos a este tipo de carencias normativas<sup>19</sup>.

Durante la década de los setenta, periodo de expansión del comercio internacional, en especial el estadounidense, aparecieron una serie de casos de corrupción en el que se relacionaban a empresas multinacionales con el pago de sobornos a distintos Estados con el fin de obtener las adjudicaciones de una serie de licitaciones<sup>20</sup>.

Un claro ejemplo lo constituye el famoso caso *Lockheed*. La empresa aeroespacial Lockheed Aircraft provocó varios escándalos en el ámbito empresarial internacional. Los directivos ejecutivos de la compañía admitieron haber efectuado el pago de varios millones de euros durante más de una década en calidad de soborno en los países de Japón, Países Bajos, Alemania occidental, Italia y Arabia Saudita. El que mayor eco provocó en los medios informativos fue el del gobierno japonés, Lockheed Aircraft sobornó al gobierno nipón para obtener un contrato de compra de aviones militares L-011, consecuencia de dicha conducta corrupta fue la dimisión en diciembre de 1974, y posterior detención del Primer Ministro Japonés, Tanaka Kakuei, así como la dimisión de los altos directivos de

---

<sup>19</sup> Vid. S. Manacorda, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Lenee dell'indagine penalistica*, Nápoles, Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli, 1999, pp. 17-23.

<sup>20</sup> Las investigaciones que fueron llevadas a cabo durante 1974 por la Agencia Federal norteamericana, la Securities and Exchange Commission (SEC), detectó que más de 360 empresas norteamericanas habían realizado "questionable foreign payments", susceptibles de considerarse casos de corrupción de funcionarios públicos, partidos políticos y a políticos, todos ellos extranjeros, por un importe superior al de los trescientos millones de dólares americanos. Dichas prácticas se llevaron a cabo con el fin de obtener privilegios en licitaciones públicas, permitiendo obtener contratos públicos o al menos tener una menor competencia o información privilegiada para la empresa sobornadora. Tal y como se describe en la FCPA: *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act by the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission*.



la corporación norteamericana.<sup>21</sup> Este caso junto con el escándalo político que provocó el conocido “Watergate”, en el que el gobierno republicano de Richard Nixon espío al partido Demócrata, provocando dos años después la renuncia del Presidente, llevó al gobierno de los Estados Unidos de América a una política de renovación ética, política y comercial.

Por lo que en 1977, se promulgaría la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*, conocida con las siglas: FCPA) para poder legislar y sancionar de una manera directa la prohibición de actos corruptos realizados por las empresas norteamericanas; considerando delito el ofrecimiento, el pago o promesa para pagar un soborno a un partido político extranjero, funcionarios de partidos o candidatos para un cargo político en el extranjero, con el fin de obtener o retener negocios para su empresa o una tercera.

El Congreso de los Estados Unidos consideró que era necesario poner fin a ese comportamiento ilícito de sus empresas en el extranjero ya que dicha conducta, estaba poniendo en serio peligro la confianza internacional en la integridad del sistema comercial norteamericano.

Con anterioridad a esta ley, las compañías americanas que realizaban pagos a funcionarios extranjeros para obtener contratos, podían ser enjuiciados a través de medios indirectos: de un lado, a través de la Comisión de Títulos Valores e Intercambio (S.E.C), dicha institución recogía las declaraciones realizadas sobre entregas de fondos a funcionarios públicos extranjeros en concepto de sobornos; de otro a través de la Ley del Secreto Bancario, las entidades bancarias están obligadas a declarar los fondos que sean sacados o ingresados en los Estados Unidos y por último a través de la Ley de Fraude del Correo de los Estados Unidos y Comunicaciones Electrónicas la cual prohíbe la realización de operaciones comerciales fraudulentas mediante estos medios de comunicación.

---

<sup>21</sup> Vid. S. Manacorda, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Lenee dell'indagine penalistica*, op. cit, p.24.

Sin embargo, esta penalización de las conductas corruptas, si bien ha frenado en algunos casos los sobornos a funcionarios públicos extranjeros, no es menos cierto que ha provocado otro tipo de conductas delictivas para poder conseguir el envío de fondos para comprar voluntades, generalmente en terceros países que sean jurídicamente más benévolos con el dinero negro, para ello se ha venido utilizando territorios *off-shore* que eludan cualquier control contable y permita depositar fondos destinados al pago de sobornos. Lo que ha dado lugar a otra modalidad de corrupción, como es la del blanqueo de capitales<sup>22</sup>

A pesar de lo anterior, los avances internacionales en legislación a favor de la persecución del delito de corrupción, han ayudado a la persecución de este tipo de actos, principalmente en aspectos de cooperación policial y judicial internacional, entre Estados. Asimismo, la globalización ha permitido identificar a aquellos países que gozan de mayores y menores niveles de transparencias<sup>23</sup>. Pero paradójicamente, en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales, las empresas y corporaciones, tenderán de establecerse en aquellos países que sean más permisivos con el soborno, lo que les llevará a pagar sus impuestos, a generar mayor número de puestos de trabajo y a promover los avances tecnológicos en dichos territorios.

## *2. Corrupción del funcionario extranjero y del funcionario internacional.*

Un mundo globalizado fomenta una corrupción de ámbito internacional y permite con gran facilidad que se traspase las fronteras.

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*, pp. 27-29. Donde el autor nos muestra como en el caso *Lockheed* se crearon dos sociedades instrumentales en Panamá y en Vaduz, transfiriéndose posteriormente fondos a Suiza. Respecto al blanqueo de capitales. *Vid.* también, E.A. Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998.

<sup>23</sup> R. Klitgaard. "Estrategias para combatir la corrupción", *ICE*, nº 741, mayo 1995, pp.25-33.

En la mayoría de los casos, la intención del soborno es la de obtener una decisión favorable para una empresa determinada para que ésta pueda obtener la adjudicación de un contrato público estatal que se va a proponer mediante licitación. En este supuesto, estaríamos hablando de corrupción de funcionario extranjero, entendiéndose como “los pagos realizados a través de las fronteras con objeto de influir sobre una persona empleada, directa o indirectamente, por un gobierno extranjero”<sup>24</sup>.

La corrupción de funcionarios extranjeros es un tipo de delito que responde a una serie de variables muy parecidas a la de posiciones dominantes sobre mercados locales. Lógicamente es más propensa a desarrollarse en aquellos países en los que existe un mayor margen de arbitrariedad hacia los funcionarios y en los que exista ámbitos dominados por la ambigüedad y opacidad (como por ejemplo el caso de comercio de armas), dándose más frecuentemente en países en vías de desarrollo. La causa más frecuente la encontramos en las políticas de cooperación entre países del denominado primer mundo a los del tercer, ya que en este tipo de proyectos suele existir una gran participación de fuertes empresas nacionales con alto poder adquisitivo que pueden ofrecer sobornos a funcionarios del país subdesarrollado para que decida en beneficio de ésta. Careciendo por ende, este tipo de países de organismos y medios que puedan controlar y penalizar este tipo de conducta conocida como cohecho<sup>25</sup>.

El tráfico de favores, proporcionados por los funcionarios corruptos, suelen verse fomentados por las innumerables trabas administrativas que suelen imponerse en ese tipo de países, en las que cualquier autorización, licencia o permiso, que en un principio tienen como finalidad la de garantizar la transparencia, la libre concurrencia y la lucha contra prácticas fraudulentas, lo que en realidad

---

<sup>24</sup> L. Cockcroft, “Globalización de los mercados y corrupción. El marco internacional para la lucha contra la corrupción internacional”, *ICE*, nº 741 mayo 1995, p.35

<sup>25</sup> S. Manacorda, “La corruzione internazionale del pubblico agente. *Lenee dell’indagine penalistica*, op. cit, pp. 30-31; E.U. Savona y L. Mezzanotte, *La corruzione in Europa*, Roma, Carocci Editore, 1998, pp. 32-33

se convierten en una inversión libre de riesgos del cual un licitador sólo puede obtener ganancias. Las instituciones internacionales entorno a las que se han generado zonas de integración política y económica suelen ser núcleos muy propensos para desarrollar la corrupción<sup>26</sup>.

Podemos concluir, que aquellos países en los que los salarios de los funcionarios sean más bajos, suelen ser con mayor frecuencia aquéllos en los que la compra y venta de las voluntades públicas alcanza un mayor nivel de corrupción, y por ende, donde más se repercute negativamente sobre las variables macroeconómicas. Esto se puede constatar a través de los datos ofrecidos anualmente por la Organización Transparencia Internacional (TI)<sup>27</sup>, en los que se puede comprobar que por lo general, los niveles de corrupción disminuyen a medida que aumenta el nivel de riqueza. Paradójicamente, los países con menor índice de corrupción suelen ser, según estos estudios, los que mayor poder económico y político poseen para poder sobornar a los que menos tienen. Por lo tanto, se podría decir que de la corrupción no surge de la pobreza, sino que en realidad es la propia pobreza la que deriva en gran medida de la corrupción, al recaer los sobornos en manos de muy pocos y encarecer los costes de las economías domésticas<sup>28</sup>.

Existe un bajo nivel de confianza por parte de la población internacional en que los Estados a través de sus instituciones sean realmente capaces de combatir la corrupción. Existe una creencia generalizada de que el público puede jugar un papel importante en redu-

---

<sup>26</sup> E.A. Fabián Caparrós, *La corrupción de agente público extranjero e internacional...*, op. cit., p. 40.

<sup>27</sup> Es una organización no gubernamental a escala universal dedicada a combatir la corrupción, está formada por la sociedad civil, sector privado y los gobiernos en una vasta coalición global. Su herramienta principal es la divulgación de información. Fue fundada en 1993 y tiene su sede en Berlín, Alemania.

<sup>28</sup> E.A. Fabián Caparrós. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, op. cit., p. 42

cir la corrupción, si fuera capaz de denunciar los actos corruptos ante las autoridades competentes<sup>29</sup>.

### *3. Efectos de la corrupción internacional*

Hasta la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero americana, muy pocos Estados habían promulgado leyes que penalizaran la corrupción internacional<sup>30</sup>. Lo que hasta aquel momento se preveía en los ordenamientos jurídicos nacionales eran aquellos supuestos en que la corrupción pudiera constituir una lesión contra la Administración Pública. Que el dinero utilizado para el soborno proviniera del extranjero no era lo importante sino que el funcionario público que cometiera el acto de corrupción perteneciera a ese Estado y por lo tanto el interés social y jurídico quedaba contenido en el delito. Desde la perspectiva económica no se consideraba necesario realizar regulación jurídica de este tipo de delito ya que el propio Estado consideraba que estos actos realizados en el extranjero beneficiaban el crecimiento de su país<sup>31</sup>.

El célebre aforismo “lo que es bueno para la General Motors es bueno para Norteamérica” explica la esencia de como se concep-

---

<sup>29</sup> Vid. El Barómetro Global de la Corrupción de Transparencia Internacional de 2010 y 2011. El Barómetro son encuestas realizadas por esta organización a múltiples países con mayor cobertura sobre las experiencias y opiniones de corrupción del público en general y sobre sus perspectivas sobre dichas experiencias.

<sup>30</sup> Según un estudio publicado por la OCDE en mayo de 1997, indicaba que excepto la FCPA, y aunque en ella no se tipificara de forma concreta, la legislación hasta entonces vigente en ciertos países como Canadá, Corea del Sur, Grecia, Hungría, México, Nueva Zelanda, Reino Unido, Suecia y Turquía, poco o nada podría castigar la corrupción de funcionarios públicos extranjeros. L. Salazar, “Recenti sviluppi internazionali nella lotta alla corruzione (...e conseguenti obblighi di recepimento da parte italiana)”, *Cass. Pen.*, vol. XXXVIII, mayo 1998, p. 1529.

<sup>31</sup> Vid. A. Vercher Noguera, “Introducción”, en E.A. Fabián Caparrós (Coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, Ratio Legis, 2000, pp. 61-65

tuaba la corrupción entre el Gobierno y empresas americanas, de hecho, existía un tratamiento tributario especial que permitía, incluso, una deducción fiscal en concepto de “comisiones de intermediación”, de “gastos de prospección comercial” o “gastos comerciales en el exterior” pero lo que en realidad se estaba contabilizando eran los sobornos pagados en el extranjero para obtener contratos y demás beneficios en aquellos países<sup>32</sup>.

Durante los años anteriores a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, la conducta generalizada de las empresas era la de pagar sobornos a funcionarios extranjero, si bien, esta práctica se realizaba de forma discreta, intentando pasar desapercibida en las operaciones contables, llegando incluso en ocasiones, a constituirse fondos con dinero negro para financiar tales actividades. Era esta una actitud tan aceptada y lejos de considerarse un desvalor social<sup>33</sup>, llevó incluso a Lord Young, antiguo Ministro de Comercio e Industria del Gobierno británico (que posteriormente pasaría a ser un alto cargo de una importante empresa de comunicaciones), a defender antes las cámaras de la cadena de la BBC en mayo de 1994, que la práctica de sobornos podría llegar a ser un medio para conquistar mercados exteriores, llegando incluso a argumentar, de la necesidad de realizar ciertos cambios jurídicos y económicos, para poder adaptarse a los modos de actuar propios de cada país<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Vid. P. Bernasconi. “Convenzione internazionale sulla prevenzione e la lotta a la corruzione di pubblici ufficiali” *Rivista trimestrale di diritto penale Dell 'economia*, n.º.1, 1993, pp. 1129-1145; M. Borghi y P. Meyer-Bisch, *La corruption. Lénvers des droits de l'homme*, Friburgo, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1995, pp. 209-224. I. Cembrero. “Un convenio de la OCDE convierte en delito sobornar a funcionarios extranjeros”, *Diario El País* de 14 de febrero de 1999, p. 7; E. Savona y L. Mezzanotte, *La corruzione in Europa*, op. cit., p.19. Sobre la dificultad de distinguir con claridad el soborno de otras conductas legales que le son próximas Vid. F. Marcq “Corruption in the Business World”, en A. Alvazzi Del Frate, G. Pasqua, *Responding to the Challenges of Corruption*, UNICRI- ISPAC- CNPDS, Roma-Milán, 2000, pp. 137-138.

<sup>33</sup> P.H. Bolle, “Pratiques de corruption et transactions internationales”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 53, n.º 1-2, 1982, pp. 341-348

<sup>34</sup> En palabras de Lord Young, “... in many countries in the world the only way in which money trickles down is from the head of the country who owns

Esta forma de actuar en la clandestinidad, demuestra que las partes eran conscientes de la ilicitud de su conducta<sup>35</sup>.

Pero con el tiempo se ha tenido en cuenta las nuevas dimensiones que la corrupción ha ido adquiriendo y tras una etapa de tolerancia y apatía por el país de origen (*home country*) y en el que se realizaba el soborno (*host country*) los actos de corrupción han llegado a ser considerados por la comunidad internacional como una práctica ilegal e inmoral<sup>36</sup>. En la actualidad la corrupción internacional está considerada como una práctica negativa para la gestión pública<sup>37</sup>. Se ha llegado a considerar como un desvío ilícito de potestades públicas en beneficio de intereses particulares, que por ende, proceden del extranjero. Lo singular del fenómeno de regularización por el Estado que lo tipifica como un delito es que en realidad, la conducta no atenta contra la propia Administración de dicho país y a demás, el bien jurídico que legitime la intervención no podrá serlo dicha Administración Pública de ese país o del organismo internacional al que pertenezca el funcionario, cuya tutela no debe corres-

---

*everything. Now that's not immoral or corrupt. It is very different from our practice. We must be very careful not to insist that our practices are followed everywhere in the world*". A lo que el Dr. Fodger Chonwe, Ministro de Zambia le respondió: "...corruptions is corruption, whether it manifests itself in England, or Zambia. It is a drain on the resources of a country". Vid. F. Galtung "Corruption: The Achilles Heel of Development", en M. Borghi y P. Meyer-Bisch, *La corruption. L'envers des droits de l'homme*, op. cit., p. 263.

<sup>35</sup> P. Bernasconi, "Convenzione internazionale sulla prevenzione e la lotta a la corruzione di pubblici ufficiali", *loc. cit.*, p. 213; C. Yannaca-Small, "Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre" *Ann. fr. dr. int.*, vol. XL, 1994, pp. 792-798.

<sup>36</sup> J. Brademas y F. Heimann, "Tackling International Corruption", *Foreign Affairs* (FA), vol. 77, nº 5, septiembre-octubre de 1998, pp.17-22

<sup>37</sup> J. Bum Kim "Korean Implementation of the OECD Bribery Convention: Implications for Global Efforts to Fight Corruption", en A. Alvazzi Del Frate y G. Pasqua "*Responding to the Challenges of Corruption*", UNICRI-ISPAC- CNPDS, Roma-Milán, 2000, p. 47; P. Cavalerie, "La Convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions internationales" *An. fr. dr. int.*, vol. XLIII de 1997, pp. 609-632.

ponder a un Estado extranjero<sup>38</sup>. Con todo, la globalización nos ha permitido una mayor flexibilización de las barreras tanto económicas como políticas, lo que a su vez, también ha permitido al fenómeno de la corrupción adoptar nuevos aspectos y matices.

Desde la óptica política, como ya hemos comentado, el desarrollo de las distintas organizaciones internacionales ha permitido que estas sean dotadas de una estructura administrativa propia e independiente, creando nuevos cuerpos de funcionariado que no pertenecen a ningún Estado, sino al propio organismo internacional, pero estos funcionarios, si disponen de cierto margen de arbitrariedad en el desempeño de sus funciones que les podría permitir hacer un uso desviado del mismo. Sin embargo, los Estados monopolios de la potestad punitiva, han prestado atención a los funcionarios públicos de su propia Administración pero no han regulado este problema, el de la corrupción de los funcionarios internacionales.

Desde la óptica de la economía, la globalización de los mercados, ha provocado la imposición y adecuación de criterios supranacionales a los nacionales. Así los actos de corrupción realizados más allá de las fronteras, se han convertido en un verdadero problema a medida que el pago de sobornos va aumentando y afectando a un mayor número de transacciones que van adquiriendo una mayor importancia cuantitativa en el sector al que afecte.

La conclusión a la que se ha llegado es que la corrupción internacional incrementa los costes de las transacciones entre países, restringe la transparencia de los mercados, reduce y falsea la competencia, perjudica el desarrollo del comercio, vulnera la confianza entre las naciones y dificulta la correcta asignación de recursos<sup>39</sup>. A

---

<sup>38</sup> Vid. C.A. Manfroni, *Soborno transnacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999 pp. 38-40 y 96; E. A. Fabián Caparrós, *La corrupción de agente público extranjero e internacional...*, op. cit., pp. 45-46.

<sup>39</sup> Vid. P. Bernasconi "Convenzione internazionale sulla prevenzione e la lotta a la corruzione di pubblici ufficiali", loc. cit., p. 1130; P.H. Bolle "Pratiques de corruption et transactions internationales", loc. cit., p. 339; P. Cavalerie "La Convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions internationales", loc. cit., p. 617; M. Madrid Juan, "Recomendaciones de la OCDE sobre pagos ilícitos



demás interfiere en el crecimiento económico de los países en vías de desarrollo<sup>40</sup>. Se ha demostrado que el ser permisivos con los actos de sobornos conlleva crear una espiral de corrupción en perjuicio de las reglas de la libre competencia a escala mundial<sup>41</sup>. No se trata pues, de un problema ético como algunos han llegado a pensar, sino de una estrategia solidaria para poder llegar a obtener un progreso global. Por lo que aquellos Estados que persiguen y castigan la corrupción en sus funcionarios públicos pero que no lo hace sobre los empresarios que sobornan funcionarios públicos extranjeros están contribuyendo al aumento esa espiral, lo que se convierte en una peligrosidad objetiva inherente a los procedimientos conforme a los cuales opera de corrupción internacional<sup>42</sup>.

Por lo tanto, debemos entender, que la corrupción internacional, lejos de tratarse de un problema ético, se trata de un problema que interfiere en estrategia económica y en la coexistencia de una sociedad internacional.

---

en las transacciones económicas internacionales”..., *loc. cit.*, p.47; C.A. Manfroni *Soborno transnacional*, *op. cit.*, pp. 18 y 37; G. Sacerdoti “La Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle trasazioni commerciali internazionali”, *Riv. ital. dr. proc. pen.*, 1998, vol. 41, Fascicolo 4, pp. 1349-1358; C. Yannaca-Small, “Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre”, *loc. cit.*, p. 792.

<sup>40</sup> Vid. J. Cartier-Bresson, “Las causas y consecuencias de la corrupción: análisis económico y lecciones aprendidas”, en *OCDE: Las reglas del juego cambiaron; La lucha contra el soborno y la corrupción OCDE*, México, 2000, pp. 207-234.

<sup>41</sup> J. González, “Corrupción y justicia democrática. Introducción a una teoría de la función judicial en las sociedades en cambio”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, 2000, pp. 160-161.

<sup>42</sup> E. U. Savona y L. Mezzanotte, *La corruzione in Europa*, *op. cit.*, 20.

### III. Principales acciones frente a la corrupción

#### 1. Antecedentes

El delito de actos de corrupción ha sido regulado de manera generalizada por distintos instrumentos jurídicos de ámbito internacional, regional y nacional, al margen de las distintas tipificaciones específicas de los diferentes tipos o modalidades de corrupción.

Los inicios de esta lucha y tipificación fue el resultado de las investigaciones llevadas a cabo por la Comisión de Valores y Bolsas de los Estados Unidos<sup>43</sup> (conocida como SEC por sus siglas en inglés) a mediados de 1970, se dio a conocer que más de 400 compañías americanas habían admitido haber realizados pagos cuestionables o incluso ilegales por un valor superior a 300 millones de dólares a agentes públicos extranjeros, a políticos y partidos políticos<sup>44</sup>. Los actos de corrupción llevados a cabo fueron principalmente sobornos a altos cargos extranjeros con el fin de obtener ciertos privilegios comerciales y tráfico de influencias en las funciones ministeriales o administrativas. Finalizadas las investigaciones sobre los actos de corrupción llevados a cabo sobre las actividades realizadas por empresas norteamericanas en países extranjeros, la Administración Carter promovió una ley para penalizar casos similares en el futuro. La opinión pública de los Estados Unidos dio un fuerte respaldo a esa medida.

---

<sup>43</sup> La SEC fue creada por la sección 4 de la *Securities Exchange Act* de 1934.

<sup>44</sup> Investigaciones sobre el caso Watergate. En este caso se relacionó al ex presidente Nixon con fondos blanqueados a través de bancos extranjeros para la campaña presidencial. Asimismo también se investigó el caso Lockheed en el que quedó constatada la existencia de sobornos a políticos japoneses por parte de la multinacional Lockheed Corporation y se estimó que se realizaron pagos de 25 millones de dólares para asegurar la compra de aviones.

Ese mismo año, el Congreso aprobó la Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior incluyéndola en el Código de los Estados Unidos<sup>45</sup>. En dicha Ley de Prácticas Corruptas podemos distinguir dos grupos de disposiciones: en el primero, encontraríamos un conjunto de normas anti-corrupción, a cargo del Departamento de Justicia el cual podrá adoptar severas medidas contra las compañías de ese país, y en el segundo, las disposiciones sobre libros y registros contables<sup>46</sup>, a cargo de la SEC. Los destinatarios de esta ley son los emisores de títulos en los Estados Unidos y las compañías locales. La infracción a esta Ley implicaba el pago de multas de hasta dos millones de dólares en el caso de empresas y hasta 100.000 dólares y prisión de hasta cinco años a sus funcionarios, directores, accionistas o empleados. Además de sanciones civiles con multas adicionales y alternativas, incluyendo la suspensión de participar en las compras, contrataciones y todo tipo de actividad de carácter gubernamental en los Estados Unidos. En cuanto a su ámbito de aplicación abarca tanto a los ciudadanos americanos que realicen actos corruptos tanto dentro del territorio americano como en empresas americanas que operen en el extranjero. Lógicamente, esta ley también será de aplicación a todos los extranjeros que fueren declarados culpables por realizar las conductas tipificadas por esta ley como corruptas dentro del territorio estadounidense. A partir de este momento, la comunidad internacional consideró indispensable el instrumentar un ordenamiento jurídico tanto sectorial como mundial que sirviera de instrumento jurídico de lucha contra la corrupción. Dichas expectativas debían de apoyarse necesariamente tanto en programas como acciones políticas de los distintos gobiernos implicados.

---

<sup>45</sup> Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977 conocida como *The Foreign Corrupt Practices Act of 1977* (FCPA), 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq.

<sup>46</sup> Esta ley exige que las empresas de los Estados Unidos de América que cotizan en Bolsa y las empresas extranjeras que cotizan en las bolsas de americanas mantengan unos libros y registros contables precisos y que diseñen y mantengan unos sistemas adecuados de control sobre la contabilidad interna de forma que los sobornos sean fácilmente auditables para poder detectar cualquier anomalía corrupta.

Los principales organismos contra el blanqueo de capitales son la Organización de las Naciones Unidas (ONU); el Banco Africano de Desarrollo. Banco Asiático de Desarrollo. Secretaría de Commonwealth. Grupo Egmont. Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (EBRD). Banco Central Europeo (ECB). Europol. Banco Interamericano de Desarrollo (IDB). Fondo Monetario Internacional (IMF). Interpol. Organización internacional de Comisión de Valores (IOSCO). Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas (CICAD) Grupo offshore de supervisores bancarios (OGBS). Banco mundial. Organización mundial de aduanas (WCO). Grupo de Acción Intergubernamental contra el blanqueo en África (GIABA). Asociación Internacional de Supervisores de seguros (IAIS). Organización de Estados Americanos/Comité Interamericano contra el terrorismo (OAS/CICTE). Organización de cooperación Económica y Desarrollo (OECD); el Grupo de Estados Europeos Contra la Corrupción (GRECO); la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF); el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (Sepblac).

## *2. Labor de la Organización de Naciones Unidas*

Por su parte, en el seno de Naciones Unidas tras el crecimiento de las organizaciones criminales en distintos países europeos y sudamericanos que pasaron de: delinquir de escala nacional a una escala global y por lo tanto transnacional; a realizar nuevos métodos de asociaciones o redes de negocios legítimos; y a diversificarse de tal manera que un mayor número de Estados fueron afectados; se reconoció que el crimen organizado era un atentado a la soberanía y a la democracia y una fuente de corrupción estatal que contaminaba negativamente las distintas actividades económicas.

Asimismo, durante la década de los ochenta, otro problema comenzó a manifestarse de tal manera que llevó a los distintos países miembros de la ONU a considerar como un auténtico problema la inmigración irregular, por ello se reforzaron medidas de control de visados y fronteras. Aunque el verdadero problema se perfiló en los

años noventa, lo que se llegó a denominar como “tráfico de seres humanos”, más concretamente en las personas de mujeres y niños.

En el marco de la conferencia mundial sobre delincuencia transnacional, celebrada a finales de 1994, se aprobó la “Declaración Política y el Plan de Acción Mundial” de Nápoles, documento posteriormente adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas. Dicha declaración fue admitida con entusiasmo por los países en vías de desarrollo mientras que en los industrializados por el contrario fue recibida con algo de escepticismo. En un principio se consideró que un texto con un ámbito de aplicación de escala mundial, con más de cien Estados firmantes, llevaría a un texto legal demasiado general y de un perfil muy bajo. Sin embargo, una serie de conferencias mundiales sobre la delincuencia organizada, permitieron crear un ambiente más favorable y propicio a la lucha contra la corrupción<sup>47</sup>. El principal escollo que encontró la Declaración de Nápoles para redactar una convención fue la de encontrar una definición adecuada al término “crimen organizado”.

Finalmente, en 1996, el Gobierno de Polonia presentó ante la Asamblea General un proyecto de convenio, proyecto sobre el que un año después una comisión de expertos intergubernamental fue seleccionada por la Asamblea General para que elaborase un anteproyecto de Convención<sup>48</sup>. La comisión se reunió en Varsovia a principios de 1998 y presentó una serie de propuestas definitivas que condujeron a la negociación de dicha convención. Varios países consideraron que deberían ser tratados temas que suscitaban una en aquellos momentos una mayor preocupación.<sup>49</sup> En diciembre de 1998 la Asamblea General estableció un Comité Especial

---

<sup>47</sup> Conferencias celebradas en Buenos Aires en 1995, Dakar en 1997, Manila en 1998, así como en Roma y Bangkok en 1999

<sup>48</sup> M. Rubio “La Convención de Palermo contra la delincuencia organizada”. *Centro de Publicaciones, Ministerio del Interior, Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 25, 2001, pp. 93-102

<sup>49</sup> La convención contra la trata de menores fue propuesta inicialmente por Argentina, el proyecto contra el tráfico y contrabando de inmigrantes fue propuesto por Austria mientras que Canadá y Japón trajeron a la agenda la fabricación y tráfico ilícito de armas

encargado de elaborar: una convención contra la delincuencia organizada; y tres protocolos adicionales sobre tráfico de mujeres y niños, transporte ilícito y contrabando de migrantes y fabricación y comercio ilícito de armas de fuego. Tras una resolución firmada a finales de 1999, se asignaba máxima prioridad a la redacción de la convención, Asimismo la Asamblea General asignó un plazo máximo para la firma del mismo siendo ésta antes de que terminase el año 2000.

Finalmente y tras diez sesiones, que tuvieron lugar en Viena entre enero de 1999 y julio de 2000<sup>50</sup> dieron lugar al texto final de la Convención y a sus tres protocolos. Aunque éstos fueron completados en una conferencia posterior que tuvo lugar en octubre de 2000. La participación realizada por las distintas delegaciones de las distintas naciones fueron entre 100 y 200 delegaciones Asimismo asistieron a las mismas en calidad de observadores distintos representantes de organizaciones no gubernamentales y multilaterales. Los textos fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU el 15 noviembre de 2000. La convención y sus protocolos fueron firmados en Palermo en la conferencia que tuvo lugar entre los días 12 y 15 de diciembre de ese mismo año. La entrada en vigor fue el 29 de septiembre de 2003.

Paralelamente a los trabajos legislativos llevados a cabo en el Consejo de Europa y a los desarrollados por la ONU sobre la lucha contra el crimen organizado, se dio un paso más en la lucha contra la corrupción tras la resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>51</sup> por la que se mandó crear un grupo intergubernamental de expertos de composición abierta a fin de que examinara y preparara un proyecto de mandato para la negociación

---

<sup>50</sup> En las actas de “Propuestas y Contribuciones Recibidas de los Gobiernos” de dichas negociaciones podemos comprobar que figuran tres hechas por España. La primera, del 24 de Marzo de 1999 sobre las consideraciones de intencionalidad, y el problema de la inversión de la carga de la prueba en el delito de blanqueo de dinero. La segunda el 23 de diciembre de 1999 sobre el campo de aplicación y la definición del tráfico de personas y la tercera el 10 de Abril de 2000 sobre la definición de grupo delictivo organizado.

<sup>51</sup> Resolución 55/61 de 4 de diciembre de 2000.

de ese instrumento, así como su resolución 55/188, de 20 de diciembre de 2000, en la que se invitó al Grupo Intergubernamental de Expertos, a constituirse de conformidad con lo dispuesto en la resolución 55/61, y a que examinara la cuestión de los fondos transferidos ilícitamente y la repatriación de esos fondos a sus países de origen. El Comité Especial inició sus trabajos el 21 de enero de 2002 y celebró siete sesiones. En su séptimo período de sesiones<sup>52</sup> el Comité Especial finalizó y aprobó el proyecto de convención y decidió someterlo ante la Asamblea General para su examen y aprobación. Durante el período comprendido entre el 9 y el 11 de diciembre de 2003, se reunieron en Mérida, Yucatán, la Conferencia Política de Alto Nivel, en la que los países miembros de las Naciones Unidas firmaron la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), también conocida como Convención de Mérida. La Convención de Mérida entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. Los países signatarios fueron 140 y las ratificaciones y adhesiones fueron de 98. Esta convención fue el primer instrumento jurídico de ámbito internacional universal, y aunque como ya hemos visto, existían otras convenciones contra la prevención, sanción de la corrupción, tales como la OEA, o la OCDE, o el penal y civil europeo, estos acuerdos firmados hasta aquel momento, tenían únicamente un carácter regional o de colaboración económica que se circunscribían únicamente a ciertos aspectos de transparencia. Por el contrario, esta nueva convención se constituyó como el primer instrumento jurídico contra la corrupción capaz de promover y abordar todas los posibles obstáculos que presentasen las actividades corruptas, y permitir a los diferentes agentes participantes del mismo tener las herramientas adecuada para llegar a su erradicación. Las disposiciones contenidas en la misma, establecen el deber de los Estados miembro de poder formular, aplicar y mantener políticas contra la corrupción que reflejen los principios del imperio de la Ley y que promuevan la participación de la sociedad, así como la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas a la ciudadanía.

---

<sup>52</sup> Dichas sesiones tuvieron lugar en Viena del 29 septiembre al 1 octubre de 2003.

### 3. Acciones sectoriales

#### A) Acción de la Organización de los Estados Americanos

El foro propicio lo constituyó la Organización de los Estados Americanos (OEA), que tras una serie de resoluciones y declaraciones emitidas por dicha Organización, se fue observando un creciente interés sobre la corrupción y a la necesidad de desarrollar algún mecanismo para hacerle frente. En la asamblea general de la OEA en mayo de 1992, se aprobó una resolución en la que se encomendó al Consejo Interamericano Económico y Social (CIES) que realizase un estudio acerca de las prácticas de corrupción en el comercio internacional durante la década de los 90<sup>53</sup>.

Posteriormente, en 1994 la Asamblea General de la OEA encomendó al Consejo Permanente que formara un grupo de trabajo para estudiar el tema de la probidad y la ética estableciendo para dicho grupo una serie de funciones entre las que cabe destacar: la de recopilar y estudiar las legislaciones nacionales vigentes en materia de ética pública; analizar las experiencias de control y fiscalización de las instituciones administrativas existentes; hacer un inventario de los delitos que dicen relación con la ética pública configurados en las normas nacionales, y elaborar recomendaciones sobre mecanismos jurídicos para controlar dicho problema con pleno respeto a la soberanía de los Estados miembros<sup>54</sup>. Tras la asamblea celebrada en Brasil en 1994, se adoptó la decisión de que la OEA sería una de las principales sedes de cooperación regional y continental para

---

<sup>53</sup> Organización de Estados Americanos. Prácticas corruptas en el comercio internacional, AG/RES. 1159 (XXII-0/92). 22 de mayo de 1992. <http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res97/Res1159.htm>

<sup>54</sup> Organización de Estados Americanos. Probidad y ética pública, AG/RES. 1294 (XXIV-0/94).



combatir la corrupción, así quedó reflejado en la Declaración de Belém do Pará<sup>55</sup>

A partir de ese momento, se trabajó en el proyecto de la Convención sobre la Corrupción, el encargado del mismo fue el Grupo de Trabajo sobre Probidad y Ética Cívica, designado por el Consejo Permanente de la OEA. En 1995 el proyecto quedó redactado y en junio de ese mismo año, la Asamblea General de OEA encomendó a su Comité Jurídico Interamericano que diera prioridad a dicho proyecto.<sup>56</sup> El Comité Jurídico Interamericano, reunido en su período ordinario de sesiones de febrero a marzo de 1997, aprobó una resolución denominada “Elementos para la preparación de legislación modelo con respecto al enriquecimiento ilícito y el soborno transnacional<sup>57</sup>”. En noviembre de 1996 se celebró una reunión del Grupo de Trabajo de Probidad y Ética Cívica en el curso de la cual el Presidente de dicho grupo presentó el documento “Proyecto de Programa Interamericano de Cooperación en la Lucha contra la Corrupción” que había sido repartido entre las misiones a fin de recibir las observaciones que se estimaran del caso. Las observaciones y comentarios formulados en esa oportunidad fueron incorporados a una nueva versión de ese documento, el cual fue considerado en la reunión que celebró el Grupo de Trabajo con fecha 24 de febrero de 1997. Teniendo en cuenta los comentarios realizados en esa oportunidad, el documento fue objeto de nuevas consideraciones por parte del Grupo de Trabajo en las sesiones celebradas los días 8 de abril, 1 y 6 de mayo de 1997. La versión que ahora se presenta incorpora las observaciones formuladas en esta última oportunidad. El 8 de marzo de 1997 entró en vigor la Convención Interamericana contra la Corrupción al haber transcurrido treinta días desde el depósito del segundo instrumento de ratificación, de

---

<sup>55</sup> Organización de Estados Americanos. Declaración de Belém do Pará, AG/DEC. 6 (XXIV-O/94). 6 de junio de 1994. <http://www.oas.org/juridico/spanish/Belem.htm>.

<sup>56</sup> Organización de Estados Americanos. Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano, AG/RES. 1328 (XXV-O/95). 9 de junio de 1995. <http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res97/Res1328.htm>

<sup>57</sup> CJI/RES.I-1/97

conformidad con lo dispuesto por el artículo XXV de dicho instrumento jurídico.

#### B) Acción de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico

Paralelamente a los esfuerzos de la OEA, la OCDE, también manifestó la necesidad de combatir la corrupción para ello se comenzó a analizar el problema de la deducción impositiva que algunas empresas de países industrializados aplicaban a los sobornos efectuados a funcionarios públicos extranjeros. Por ello en mayo de 1996 el Consejo ministerial de la OCDE aprobó la “Recomendación para la deducción impositiva de los sobornos a los funcionarios públicos del extranjero”. Finalmente, los países de la OCDE en 1997 adoptaron el Convenio de Lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Los principales pilares sobre los que se sustenta este convenio son cuatro, el Derecho penal: al obligar a los Estados a definir el delito de cohecho y castigar el mismo cuando sea utilizado para obtener algún contrato de ámbito internacional; el contable: al establecer una serie de recomendaciones cuyos destinatarios son las empresas para que puedan realizar una serie de medidas preventivas que descubra el encubrimiento de algunos gastos fraudulentos en los registros contables, así como la omisión fraude o falsificación de registros, cuentas, estados financieros o libros cuya intención fuera la de ocultar el soborno; el blanqueo de dinero: el convenio propuso una legislación capaz de permitir detectar el pago de sobornos y la confiscación de los mismo; y por último la asistencia mutua: entre los países signatarios para que establezcan las medidas necesarias relativas a la extradición<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Este Convenio, ha sido suscrito hasta la fecha por 39 países: los 34 miembros de la OCDE (Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Israel Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino

### C) Acción del Consejo de Europa

El Consejo de Europa organizó la 19ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia<sup>59</sup>, en la que se decidió elaborar un convenio europeo contra la corrupción. Uno de los principales objetivos del mismo serían los de coordinar medidas penales, civiles y administrativas de carácter Estatal con los instrumentos internacionales destinados a acabar con la corrupción. En dicha conferencia participaron más de 30 representantes, en su mayoría ministros de Justicia europeos, y enviados de EE UU, Rusia y otros Estados. En dicha conferencia, el entonces Ministro de Justicia italiano, Alfredo Biondi, sugirió que era necesario encontrar una definición jurídica común sobre que se entendía por el término corrupción y que consideraba necesario que se estableciese como delito la financiación ilícita de partidos políticos y se aprobase la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los funcionarios públicos extranjeros, Asimismo como el secuestro y confiscación del producto de los actos de corrupción. En enero de 1999 fue promulgado el Convenio Penal sobre corrupción por el Consejo de Europa, España lo firmó en 2005, lo ratificó en noviembre de 2009 y se publicó en julio de 2010.

El Consejo de Europa ya dejó de manifiesto su preocupación por los efectos de la corrupción en los principios básicos de cualquier Estado de Derecho, en la estabilidad y credibilidad internacional de sus instituciones democráticas, así como en los derechos humanos, sociales y económicos. El Consejo de Europa fue consciente que el luchar contra la corrupción desde un punto de vista penal, era la primera medida para poder vencerla, sin embargo, consideró que igualmente su enfoque debía también recaer sobre un punto de vista legal civil. Tras la conferencia de Malta que tuvo lugar en 1994 y la resolución aprobada en dicha conferencia en la que se recomen-

---

Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía), más Argentina, Brasil, Bulgaria, Rusia y Sudáfrica.

<sup>59</sup> La conferencia tuvo lugar en Valetta, Malta en 1994

dó crear un Grupo Multidisciplinario sobre corrupción, cuya tarea específica fue la de examinar las posibles medidas que deberían ser incluidas en un programa de acción con ámbito internacional, así como la de elaborar modelos leyes o códigos de conductas para ser incluidos en los posibles convenios internacionales sobre la materia así como la de ser éstos los encargados de elaborar un mecanismo de seguimiento para poner en práctica todos los textos legales acordados. Como ya hemos comentado, tras celebrarse la 21ª conferencia de Praga, los ministros europeos aprobaron la denominada Resolución 1 sobre los vínculos entre la corrupción y la delincuencia organizada para unir esfuerzos y tomar acciones comunes contra este problema para el desarrollo económico y estabilidad de las instituciones democráticas. Durante la segunda Cumbre de Jefes de Europa que tuvo lugar en Estrasburgo durante octubre de 1997, los Jefes de Estado y de Gobierno decidieron de común acuerdo buscar respuestas comunes a los problemas que plantean la corrupción en todo el territorio europeo promoviendo la cooperación entre el Consejo de Europa y los Estados miembros en la lucha contra la corrupción. El Comité de Ministros en su 101º período de sesiones el 6 de noviembre de 1997, adoptó la Resolución (97) 24 sobre los Principios Rectores de los 20 para la lucha contra la corrupción. Asimismo en su 22ª conferencia celebrada en Chisinau en junio de 1999, los ministros europeos de justicia aprobaron la Resolución nº 3 sobre la lucha contra la corrupción con la intención de que el comité de ministros adoptase un proyecto de convención sobre los aspectos civiles de la corrupción y que el mismo pudiera ser abierto a la firma antes de la finalización de 1999.

Como consecuencia de todo lo anterior, y tras la firma de la Convención de Derecho Penal sobre Corrupción, anteriormente mencionado<sup>60</sup> el Consejo de Europa concluyó un instrumento jurídico internacional destinado a luchar contra la corrupción a través de recursos de derecho civil. El Consejo de Europa, acertadamente, consideró que la lucha contra la corrupción debía de ser tenida en cuenta desde un punto de vista del derecho civil, tal y como ya quedó reflejado en el Programa de Acción contra la corrupción.

---

<sup>60</sup> Serie de tratados europeos n.º 173, y de las resoluciones (98) 7 y (99) 5.

Posteriormente, en la 558ª reunión del Comité de Ministros celebrada en febrero de 1996, se solicitó a GMC que iniciara un estudio de viabilidad sobre la posible elaboración de un convenio sobre recursos civiles de indemnización de daños resultantes de los actos de corrupción. Para ello se dio traslado a los distintos Estados de un cuestionario para que pudieran dar una respuesta más ajustada a la realidad sobre la posible viabilidad de dicho proyecto jurídico. Tras un estudio por parte del GMC de las respuestas proporcionadas por los Estados miembros, el proyecto se presentó al Comité de Ministros en marzo de 1997. El texto propuesto contenía una serie de fórmulas en las que el Derecho civil podría utilizarse para combatir la corrupción, entre ellas cabe destacar: la accesibilidad y la eficacia de los recursos del derecho civil en general; la determinación de las principales víctimas potenciales de las conductas corruptas; los problemas de la evidencia y la prueba del nexo causal entre los actos y el daño; los aspectos fiscales de los pagos ilícitos y su relación con la distorsión de la competencia, la validez de los contratos; el papel de los auditores; la protección de los trabajadores; los procedimientos, incluidos los gastos de litigios; y la cooperación internacional. El estudio realizado a través del cuestionario puso de manifiesto por un lado, que todos los Estados miembros contaban en su Ordenamiento Jurídico con legislación contra la corrupción, y por otro lado, que se podrían llegar a encontrar un terreno común entre todos que fuera útil para dilucidar las similitudes y disipar las diferencias ya que todas las leyes de los distintos países tenían un denominador común, las prácticas corruptas no pueden ser toleradas o alentadas. En conclusión y a la luz de los resultados de los estudios realizados por el GMC, se consideró posible que a pesar de las legislaciones nacionales diferentes, una aproximación internacional de los recursos del derecho civil en la lucha contra la corrupción sería posible y necesaria. En dicho estudio de viabilidad se concluyó que en la elaboración de un posible instrumento legal internacional sobre la corrupción, deberían incluirse ciertos temas como el de la compensación de daños, responsabilidad no únicamente del infractor sino también la del Estado en los casos que así se estimase necesario, negligencia, plazos sobre la prescripción del delito, la validez de los contratos viciados por la corrupción, la protección de los empleados, las cuentas y las audi-

torías, los medios de adquisición de pruebas, sobre las medidas cautelares y la cooperación internacional.

El GMC sobre Derecho Civil mantuvo cuatro reuniones, dos en 1997 y otras dos en 1998 para elaborar el texto de la convención de Derecho Civil sobre la corrupción, dicho texto fue trasladado a las distintas sesiones plenarias que tuvieron lugar en 1998 (la 15ª sesión en diciembre) y en 1999 (la sesión 16ª en febrero). Posteriormente el proyecto se transmitió al Comité Europeo de Cooperación (CSCJ) y al Comité de Ministros para dar paso a una consulta ante la Asamblea Parlamentaria, Transparencia Internacional (TI), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) y the International Bar Association (IBA). Una vez examinado el proyecto, finalmente fue aprobado por el GMC en junio de 1999 y fue transmitido al Comité de Ministros para su posterior aprobación. Finalmente el convenio fue firmado en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999, su entrada en vigor fue el 1 de noviembre de 2003.

El objeto del convenio fue que cada uno de los Estados Parte, dispusiera dentro de su propio derecho interno de recursos efectivos para que las personas que hayan sufrido cualquier tipo de daño como consecuencia de la corrupción, pudieran defender sus derechos e intereses, incluyendo la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la misma.

#### *4. Otras actuaciones sectoriales*

La Declaración de los Derechos Humanos del Islam (DDHI), también conocida como Declaración de El Cairo (1990), provocó grandes cambios principalmente para la Unión Africana, por un lado, provocando el Relanzamiento del Programa de Acción Socio-económico y por otro, el desarrollo del Plan de Acción contra la Impunidad aprobada por la 19ª sesión de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en 1996 en la que se subrayó la necesidad de observar los principios del buen Gobierno, la primacía de los derechos humanos, la democracia y la participación popular de los pueblos africanos en el proceso de Gobierno. La

preocupación de los efectos negativos de la corrupción sobre la estabilidad política, económica, social y cultural de los Estados de África y sus efectos devastadores en el desarrollo económico y social de los países africanos y de sus pueblos, lleva a la Unión Africana a la conclusión de que la corrupción socaba la transparencia en la gestión de los asuntos públicos, así como los socioeconómicos y el desarrollo de todo el continente africano y concluye que es necesario abordar, estudiar e investigar cuáles son las causas de la corrupción en ese continente, con lo que se considera la necesidad de formular y llevar a cabo, con carácter prioritario, una política penal común, tal y como se estaba realizando en otros continentes, destinada a proteger al sistema jurídico político y económico de la corrupción. Tras las Declaraciones y resoluciones adoptadas en la trigésimo cuarta sesión ordinaria de la Asamblea de jefes de Estado y de Gobierno/segunda sesión ordinaria de la Comunidad Económica Africana, también conocida como la Declaración de Uagadugú (Uagadugú, 1998) se solicitó al Secretario General que convocara, en cooperación con la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Derechos de los Pueblos, una reunión de alto nivel de expertos con el fin de examinar los medios para conseguir luchar contra la corrupción y la impunidad para que finalmente redactases un texto legislativo. En 2001 tuvo lugar la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA, celebrada en Lusaka, Zambia, que junto con la Declaración adoptada en la Asamblea de la Unión Africana, celebrada en Durban, Sudáfrica en julio de 2002, relativa a la Nueva Alianza para el Desarrollo de África (NEPAD), en la que se exigió la creación de un nuevo mecanismo capaz de combatir eficazmente la corrupción. El 11 de julio de 2003 se adoptó en Maputo, Mozambique, la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, de los 54 países, 48 fueron signatarios y tan sólo 34 la ratificaron<sup>61</sup>. La convención entró en vigor el 5 de agosto de 2006.

Los países árabes también sintieron la necesidad de cooperar internacionalmente en la erradicación de este delito, en especial en el sector legal sobre la extradición de delincuentes, prestando asisten-

---

<sup>61</sup> A fecha de 01/03/2013 listado proporcionado por la UA.

cia judicial al resto de los países. Consideraron que no existía otro modo para combatir la corrupción más efectivo que la unión de Estados árabes ayudasen en la prevención de este delito desde una perspectiva tanto internacional como regional. Siendo consecuentes con el compromiso de esta liga de países con sus principios religiosos y morales, consagrados en la Sharia islámica, principios éstos recogidos igualmente en la Carta de la Liga de los Estados Árabes y la Carta de las Naciones Unidas, así como en muchos de los Tratados árabes, regionales e internacionales o en los Convenios relativos a materia de justicia, la cooperación judicial y de seguridad para prevenir y luchar contra la delincuencia y la relacionada con la corrupción a la que los Estados árabes son parte, incluida la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC). Por ello y tras una ardua tarea legislativa, la Convención de la LEA contra la corrupción fue aprobada el 21 de diciembre de 2010 el Cairo (Egipto).

Una vez analizados los diferentes instrumentos jurídicos contra la corrupción de manera general, abordaremos como ha sido regularizada de manera singular cada tipo de corrupción de una manera más específica atendiendo a la modalidad concreta de cada delito. A continuación analizaremos brevemente, algunos de los tipos de corrupción más significativos dentro de esta materia en relación al arbitraje internacional.



## IV. Blanqueo de capitales

### 1. Delimitación de la noción

Tras un arduo trabajo legislativo adoptado en los ámbitos internacionales, regionales y nacionales, junto con los distintos conjuntos de medidas llevadas a cabo en los foros internacionales contra el soborno y la corrupción<sup>62</sup>, ha dado lugar a que aumente el grado de conocimiento y cooperación en torno a este tipo de prácticas ilegales en las transacciones comerciales internacionales. Todo este trabajo y cooperación ha permitido delimitar el concepto de corrupción en todos sus tipos y modalidades posibles combatiéndola de una manera responsable por parte de prácticamente todos los Estados por considerar que cada vez son más estrechos los vínculos entre corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de transacciones ilegales como tráfico de estupefacientes, armas o personas que socavan y atentan contra las actividades comerciales y financieras legítimas y de la sociedad en todos sus niveles.

Puesto que la corrupción es responsabilidad de todos los Estados para conseguir su erradicación de la impunidad será necesario pre-

---

<sup>62</sup> Entre otros: *The Money Laundering Control Act* de 1986 (Public Law 99-570) del Congreso de los Estados Unidos de América; en el ámbito de la Comunidad Europea, la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, desarrollada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada, además de establecer el régimen sancionador del Reglamento (CE) n° 1781/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos.

venir, detectar y sancionar todas las formas y matices posibles en la que dicha corrupción se manifieste. Por ello, es importante conocer y delimitar todas las conductas posibles en las que puede manifestarse la corrupción.

Los actos de corrupción adoptan diversas formas según en el ámbito o sector económico-social en el que se desenvuelva, en este caso en el mercado financiero, concretamente el sistema bancario. Este tipo de corrupción también guarda relación con el arbitraje internacional.<sup>63</sup>

Este tipo de corrupción consiste en la utilización del sistema bancario o financiero a escala tanto nacional como internacional, para poder convertir dinero con procedencia ilícita, es decir, obtenido de actividades delictivas, en dinero de libre circulación, curso legal y totalmente limpio de ilicitud que posteriormente podrá ser utilizado en financiar actividades del crimen organizado y en particular tráfico de drogas.

La globalización de las relaciones comerciales internacionales ha provocado un debilitamiento en las fronteras nacionales, por lo que será necesario mejorar los controles en materia de capitales obligando a las distintas entidades financieras y bancarias internacionales a indagar sobre la procedencia del dinero que les es transferido e ingresado, del mismo modo será necesario promover una serie de mecanismos de prevención para evitar este tipo de corrupción.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> A. McDougall, "International Arbitration and Money Laundering", *American University International Law Review*, vol. 20, núm. 5, 2005, pp. 1021-1054.

<sup>64</sup> F. Martínez Vázquez, "La lucha contra el blanqueo de capitales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 54, 2013-2014, pp. 151-168

## 2. Tipificación

### A) Acciones y declaraciones de carácter internacional

La tipificación como delito del blanqueo de capitales no fue realizada hasta los años 70, debido a que a partir de ese momento se experimentó un gran crecimiento de esta modalidad de corrupción.

En la Declaración de Principios de Basilea<sup>65</sup>, cuyo principal objetivo fue el de la prevención por parte del sector bancario de evitar cualquier posibilidad de que sus instituciones fuesen utilizadas para el blanqueo de capitales con origen criminal, para ello establecieron un conjunto de reglas deontológicas que debían ser cumplidas por sus miembros, asimismo establecieron una serie de reglas y procedimientos que debían ser puestas en práctica y garantizadas por todas las entidades integrantes del Comité, las normas de conducta contenidas en la Declaración de Basilea se sintetizan en 25 principios necesarios para que un sistema de supervisión bancaria sea realmente efectiva.

En aplicación de dichos principios, las entidades financieras y demás sujetos obligados deben: identificar a sus clientes, adoptar medidas preventivas de control, examinar y comunicar las operaciones sospechosas de blanqueo, comunicar a los organismos responsables las operaciones que cumplan ciertos requisitos, adecuar sus procedimientos y organización interna para cumplir las obligaciones anteriores, asumir un estricto cumplimiento del deber de confidencialidad, y formar a sus empleados. Los destinatarios que

---

<sup>65</sup> De 12 de diciembre de 1988: el llamado “Comité de Basilea”, fue creado en 1975 por los Gobernadores de los bancos centrales más importantes, de los países que entonces integraban el llamado G-10 creado en 1962 en el marco del FMI por diez países los cuales suscribieron el Acuerdo General de Empréstitos, a los que dos años más tarde se unió Suiza. Más adelante se sumaron a este Comité por expresa invitación de sus componentes los bancos centrales de Luxemburgo y España (el Banco de España se incorporó como miembro de pleno derecho a partir de febrero de 2001).

deben observar estos principios serían cualquiera de los operadores de los sistemas bancarios. A demás de estos Principios, el Comité elaboró y publicó una guía detallada en la que se propone una Metodología de seguimiento y evaluación del cumplimiento y efectividad de los Principios Básicos, la primera publicación se realizó en 1999, la última actualización se realizó en octubre 2006

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas<sup>66</sup> proporciona una serie de definiciones, alcance y competencia de la propia Convención para a continuación tipificar como delito el blanqueo de capitales y su sanción correspondiente en los Estados parte, indicándoles que sean éstos los que se comprometan a adoptar las disposiciones legislativas y administrativas necesarias para integrar en sus ordenamientos jurídicos las medidas previstas en dicha convención. En materia de cooperación internacional la Convención hará un llamamiento a las partes solicitándolas que presten la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a los delitos tipificados en la misma. Prevé la cooperación en el supuesto de necesidad de uno de los Estados parte de solicitar una extradición a otro Estado miembro. Así como otras formas de cooperación.

El Convenio sobre Blanqueo, Registro, Incautación y Decomiso del Producto del Delito de Consejo de Europa<sup>67</sup>, supone un paso más en la lucha contra la corrupción, en él podemos distinguir tres grandes bloques: se nos aclara el significado de los términos utilizados en el Convenio (Capítulo I); se nos indica una serie de Medidas a nivel Nacional (medidas de confiscación, indagatorias y provisionales, así como la definición de “Delitos de Blanqueo” en su art. 6; y podemos encontrar un último bloque mucho más desarrollado que el de la Convención de Viena, el de la Cooperación Inter-

---

<sup>66</sup> Celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988. Esta convención ha sido ratificada por más de 160 Estados y su fecha de entrada en vigor fue el 11 de noviembre de 1990, fue firmada por España en su momento, y ratificada en julio de 1990.

<sup>67</sup> Celebrado en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, que España ratificó el 6 de octubre de 1998.

nacional (Capítulo III) en el que se nos indica una serie de principios y medidas generales de cooperación internacional.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>68</sup>, ha sido firmada por 132 países y contiene tres Protocolos: uno contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, otro contra el tráfico ilícito de emigrantes y el tercero y último contra la manufactura y tráfico ilícito de Armas de fuego. En cuanto al lavado de dinero se refiere cabe destacar las siguientes medidas que adopta este convenio: tipificar el lavado de dinero y considerar a todos los delitos graves como delitos subyacentes al lavado de dinero, tanto los cometidos dentro como fuera del país, y permitir que el conocimiento o la intención criminal que se requieren como elemento de un delito tipificado puedan inferirse de circunstancias objetivas<sup>69</sup>, establecer regímenes fiscalizadores para impedir y detectar todas las formas de lavado de dinero, que incluyan la identificación del cliente, el mantenimiento de registros y la reporte de transacciones sospechosas<sup>70</sup>, autorizar la cooperación y el intercambio de información entre autoridades administrativas, fiscalizadoras, encargadas de hacer cumplir las leyes y otras autoridades, tanto a nivel nacional como internacional, y considerar el establecimiento de una unidad de inteligencia financiera para recopilar, analizar y difundir información<sup>71</sup> y promover la cooperación internacional<sup>72</sup>, asistir a otros Estados en la planeación, implementación, investigación y capacitación, de lucha contra el terrorismo. Con especial atención al blanqueo de dinero, pues considera que “dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo”

---

<sup>68</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000 es también conocida como la Convención de Palermo.

<sup>69</sup> *Vid.* La Convención de Palermo, art. 6.

<sup>70</sup> *Id.* art. 7 (1) (a).

<sup>71</sup> *Id.* art. 7 (1) (b).

<sup>72</sup> *Id.* art. 7 (3) y (4).

Por ello exhorta a los Estados a que adopten enérgicamente una serie de medidas para trabajar de manera urgentemente en prevenir y reprimir los actos de terrorismo, en particular acrecentando su cooperación y cumpliendo plenamente los convenios internacionales contra el terrorismo que sean pertinentes. Asimismo reconoce la necesidad de que los Estados complementen la cooperación internacional adoptando otras medidas para prevenir y reprimir en sus territorios, por todos los medios legales, la financiación y preparación de esos actos de terrorismo.

#### B) Aportaciones de la Unión Europea

La Directiva 91/308/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales. Su entrada en vigor sería el 1 de enero de 1993. La Directiva recoge la definición de los conceptos de entidad de crédito, institución financiera y blanqueo de capitales. Por lo que se refiere más concretamente a este último, la Directiva retoma la definición de blanqueo prevista en el Convenio de las Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes que enumera, entre los actos intencionales de blanqueo<sup>73</sup>.

La Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva

---

<sup>73</sup> La justificación de esta Directiva se encuentra en: la necesidad de refuerzo de la represión de las actividades delictivas graves condenadas por la comunidad internacional, la prevención del blanqueo de capitales procedentes de la delincuencia organizada, la necesidad de que los Estados miembros deban hacer extensivas, total o parcialmente, las disposiciones de la Directiva a las profesiones y empresas cuyas actividades sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de capitales, la necesidad de armonización de las disposiciones legislativas o reglamentarias que los Estados miembros pudieran adoptar., la necesidad de neutralizar los mecanismos de blanqueo a través de los circuitos bancarios o de las instituciones financieras, el convencimiento de que el blanqueo de capitales influye de manera manifiesta en la delincuencia organizada.

91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. Por la que los Estados miembros deberían en poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 15 de junio de 2003. Los puntos más señalados de esta directiva son: la de seguir garantizando un elevado grado de protección del sector financiero y de otras actividades vulnerables frente a los efectos perjudiciales de las actividades delictivas. La inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva a las agencias de cambio y a las empresas de envío de dinero. La ampliación del ámbito de los delitos subyacentes a cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave, igualmente a la ampliación del ámbito de sujetos obligados, incluyendo a auditores, contables externos y asesores fiscales. Los notarios y los profesionales independientes del ámbito jurídico deben estar sujetos a lo dispuesto en la Directiva cuando participen en operaciones financieras, empresariales o inmobiliarias, incluido el asesoramiento fiscal en las que exista el mayor riesgo de que se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas.

La Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y Del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo publicada en el DOUE (L309/15 de 25/11/2005). . La Directiva entra en vigor a los veinte días de su publicación y los Estados miembros tienen hasta el 15 de Diciembre de 2007 para su transposición. Esta Tercera Directiva sobre blanqueo de capitales derogó la Directiva 91/308/CE. La presente Directiva tenía como objetivo la aplicación en establecimientos financieros, profesionales del sector o profesiones jurídicas, imponiéndoles la obligación de ser vigilantes con respecto a sus clientes. La Directiva sería de aplicación a las entidades de crédito, establecimientos financieros y personas físicas o jurídicas que ejerzan profesiones tales como interventores de cuentas, contables, asesores fiscales, notarios y otras profesiones jurídicas, agentes inmobiliarios, etc. ( art. 2). Además dicha Directiva indicaba que cada Estado miembro debería crear una Unidad de

Información Financiera (UIF) nacional, encargada de analizar las transacciones sospechosas de las que tenga conocimiento.

La Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de personas del medio político y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada. DOCE (Serie L 2104/08/2006).

La Directiva 2006/70 sería la encargada de desarrollar las disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE<sup>74</sup> en lo relativo a “personas del medio político” los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida. La Directiva Impone a las entidades y personas comprendidas en su ámbito de aplicación que apliquen, basándose en un análisis del riesgo, procedimientos de diligencia debida con respecto al cliente en las transacciones o relaciones empresariales con personas del medio político que residan en otro Estado miembro o en un tercer país. Se debe señalar que la Directiva concreta que los destinatarios que deben seguir estos procedimientos de diligencia debida únicamente aquellas personas del medio político que sean residentes en otro Estado miembro o en un tercer país. Debido al riesgo que caracteriza ese tipo de cliente, la Directiva indica a los Estados miembro que solicite a éstas las entidades y personas de riesgo: a) disponer de procedimientos adecuados en función del riesgo a fin de determinar si el cliente es persona del medio político; b) obtener la autorización de la información para establecer relaciones de negocio con dichos clientes; c) adoptar medidas adecuadas a fin de determinar el origen del patrimonio y de los fondos con los que se realizará la relación de negocio o transacción; d) llevar a cabo una supervisión reforzada y permanente de la relación de negocio.

---

<sup>74</sup> El objeto de esta Directiva es la de matizar el artículo 40, apartado 1, letras a), b) y d), de la anterior Directiva



La Directiva 2008/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo De 11 de marzo de 2008 por la que se modifica la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión. El objeto de esta nueva Directiva fue el de modificar y matizar los arts. 40 y 41 de la anterior Directiva 2005/60/CE.

### 3. *Ámbito nacional: USA Patriot Act*

La Ley Patriot, denominada “*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*”, más conocida con el acrónimo USA PATRIOT act. Fue una de los textos legales más estrictos y contundentes contra del terrorismo y el crimen internacional organizado. Tras el atentado del pasado 11 de septiembre contra los Estados Unidos, el 26 de octubre de 2001, el Presidente Bush firmó la Ley para la Unificación y Fortalecimiento de América mediante las Herramientas Apropriadas Requeridas para Interceptar y Obstruir el Terrorismo, en adelante, Ley Patriot.

El título III (sección 301 á 377) de la mencionada ley se refiere a la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Entre los puntos más destacados del Título III podemos mencionar: las instrucciones al Secretario de Hacienda para que apruebe regulaciones encaminadas a alentar una mayor cooperación entre las instituciones financieras, sus autoridades reguladoras y las agencias de ejecución de la ley, para que compartan información relativa a individuos, entidades y organizaciones involucradas en actividades que se sospeche participan en actos terroristas o en lavado de dinero. Igualmente, se solicita del Secretario la distribución anual, entre las instituciones financieras, de “un análisis detallado que identifique los patrones de actividades sospechosas” derivados de informes e investigaciones de las agencias de ejecución de las leyes federales, estatales y locales de Estados Unidos. Modifica la ley penal vigente para incluir como delitos de lavado de dinero los delitos de corrupción realizados en el extranjero. Establece

la jurisdicción del gobierno de Estados Unidos sobre los extranjeros que realicen lavado de dinero (jurisdicción que se extiende a los bienes que poseen en Estados Unidos).

El secretario deberá informe al Congreso de Estados Unidos en torno a la manera más oportuna y efectiva de exigirles a los extranjeros que provean a las instituciones financieras información “apropiada y precisa” en torno a las operaciones que realizan. Igualmente el Secretario promulgará regulaciones que requieran de los corredores y agentes de títulos de capital, comisionistas de futuros, asesores en comercialización de productos básicos y operadores de fondos comunes de productos básicos e informar sobre transacciones financieras sospechosas.

Modifica la Ley de Derecho a la Confidencialidad Financiera (*Bank Secrecy Act* de 1970, conocida como BSA, *Currency and Foreign Transactions Reporting Act*), promulgada por la Administración Reagan, a finales de los años 60, imponía a las instituciones financiera la obligación de comunicar toda transacción realizada en sus establecimiento superior a 10.000 dólares a través de un así llamado “reporting sistemático”, de carácter periódico.

Esta obligación alcanza al sistema o red bancaria informal de transferencia de valores (p.ej., *hawala*), formada por personas que facilitan la transferencia de dinero en el ámbito nacional o internacional, fuera del sistema convencional de las instituciones financieras. Transforma de discrecional en obligatoria la autoridad de un tribunal para ordenar, como parte de una sentencia penal, la confiscación de toda la propiedad involucrada en ciertos delitos relativos a la información sobre transacciones monetarias. Otorga a Estados Unidos jurisdicción extraterritorial en los delitos cometidos fuera de Estados Unidos, que involucren un método de acceso emitido, de propiedad, administrado o controlado por una institución financiera, emisor de cuentas, miembro de un sistema de tarjetas de crédito u otra entidad dentro de la jurisdicción estadounidense. En Julio del 2004,

El Grupo de Trabajo sobre la Ley Patriot del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, publicó un informe en el que se puede apreciar una detallada casuística de la aplicación de

la citada ley<sup>75</sup>. Entre ellos mencionar el de un abogado, James Gibson.

El 18 de enero de 2001 el Jurado Federal de los EE UU les condena por conspiración, fraude en correo y blanqueo de dinero. Gibson se apropió de varios millones de dólares ganados en nombre de sus clientes en concepto de indemnizaciones enviándolos a dos cuentas bancarias abiertas a su nombre en Belice. Gibson y su esposa, más tarde acusada por este caso, consiguen eludir la justicia y huir a este país. Un tribunal de los Estados Unidos emite una orden de congelación de las cuentas bancarias del condenado, cuentas que no llegarán a congelarse ya que otro tribunal de Belice levanta la orden emitida por Estados Unidos, por lo que el Sr. Gibson podrá seguir gastando las cantidades depositadas en sendas cuentas corrientes.

Tras infructuosos esfuerzos por el Departamento de Justicia de los EE UU por recuperar el dinero objeto del delito, la Patriot Act será aprobada, por lo que de conformidad con su art. 319, los fondos restantes en ambas entidades bancarias serían inmediatamente enviados al Gobierno de los EE UU, un total de 1,7 millones de dólares.

---

<sup>75</sup> US Report From The Field: The USA Patriot Act At Work, July, 2004, pag. 12. <http://www.justice.gov/>

## **CAPITULO II**

### **LAS SOLUCIONES DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

#### **I. El bloque normativo anticorrupción**

##### *1. Características del bloque normativo anticorrupción*

La inmensa mayoría de las normas anticorrupción que encontramos en el Ordenamiento Jurídico español suponen una transposición de distintos tratados bilaterales, plurilaterales o normativas europeas. Un claro ejemplo de esta necesidad de transposición de normativa internacional a nuestra legislación la encontramos en convención de Naciones Unidas sobre delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos es que cada uno de los Estados parte deben promover y desarrollar las normativa interna necesaria para combatir este tipo de corrupción a través de la cooperación y la coordinación interinstitucional, que permita la vigilancia de los movimientos transfronterizos de capitales, así como la promoción de la cooperación judicial internacional.

*2. Ley 19/ 1993 de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y disposiciones de desarrollo*

A) *Ámbito de la Ley*

La Ley 19/ 1993 de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. Ha supuesto la incorporación de la figura delictiva de “blanqueo de capitales” a la legislación española ha sido la lógica consecuencia de los distintos Tratados internacionales que ha ratificado el Estado español y las distintas Directivas europeas emanadas del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>76</sup>

Esta ley tenía como destinatario no solo a las personas y entidades que integran el sistema financiero sino también a otras actividades susceptibles de ser utilizada para el blanqueo de capitales (art.2). Regula las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, así como de otros sectores de actividad económica, para el blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años. Impone fundamentalmente obligaciones administrativas de información y colaboración a las entidades financieras. Establece la obligación de comunicar las operaciones que muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de la actividad o antecedentes operativos de los clientes, siempre que en su examen no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones. Impone la obligación a quienes deben cumplir la Ley de contar con procedimientos y órganos internos para la prevención del blanqueo de capitales. Exige a las entidades españolas que establezcan en sus sucursales y filia-

---

<sup>76</sup> Vid. E.A. Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, pp. 189 ss; J.C. Ferré Olivé, *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario: Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. II. Salamanca, Universidad de Salamanca, 2002, p. 14

les en el extranjero procedimientos internos de prevención del blanqueo de capitales. Establece un cuadro sancionador común a los distintos tipos de entidades financieras sujetas al cumplimiento de esta Ley. Regula la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y su Servicio Ejecutivo.

## B) Desarrollo legal

El Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993 sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE 06/07/95).

Instrucción de 10/12/99 de la Dirección de Registros y del Notariado sobre obligaciones de los Notarios y Registradores de la propiedad y mercantiles en materia de prevención de blanqueo de capitales. Tras la aprobación del Real Decreto 925/1995, los Notarios y Registradores de la propiedad y mercantiles deberán informar por escrito al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias dependiente de la Secretaría de Estado de Economía acerca de los contratos y actos de que tengan conocimiento en el ejercicio de su función que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales procedentes de actividades delictivas, relacionadas con las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas; relacionadas con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, o realizadas por bandas o grupos organizados. Si incumplieren la citada obligación, dicha conducta será considerada como infracción muy grave y se sancionará disciplinariamente como está previsto en el régimen de colaboración del art. 16.1 de la Ley 19/1993.

Orden ECO/2652/2002, de 24 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de comunicación de operaciones en relación con determinados países al servicio ejecutivo de la comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias. Realiza una actualización de países o territorios no cooperantes identificados por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) que deberán ser tenidos en cuenta, al incluir en la comuni-

cación mensual de operaciones las realizadas con estas jurisdicciones.

La Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales<sup>77</sup>

Tras la nueva Directiva Europea 2001/97/CE, será preceptivo modificar la Ley 19/1993, antes del 15 de junio de 2003, (art.3.1) para ampliar el cuadro de infracciones. Se dejará de considerar únicamente actividad criminal de blanqueo de capitales cuando se pretenda legalizar el producto de origen (capitales o bienes) y éste provenga del ámbito del tráfico de drogas.

### C) Repercusiones del art. 344 bis b del Código Penal

El Código Penal español tuvo que modificar esta materia sustancialmente limitada en el antiguo Código Penal en su art 344 bis b) ampliando la actividad delictiva a “todo tipo de delitos graves”. Considerando los mismos desde un mínimo establecido por la propia Directiva y no por el Derecho interno de cada Estado miembro (art. 1.1).E).

Tras esta Ley, el nuevo Código Penal de 1995 castiga en sus arts. 301 y siguientes a “el que adquiriera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tiene su origen en un delito”, el legalizar, introducir dentro del tráfico jurídico económico esos bienes es lo que constituye el objeto material del delito. Con lo que el nuevo Código

---

<sup>77</sup> Esta ley modifica: la Ley 19/1993, de 28 de diciembre (arts. 1.1; 2.2,3 y 4; 3.1,2,4,7 y 9; 5.2;8.3;12;16.1; y Disposición adicional segunda), la Ley 230/1963, de 28 de diciembre General Tributaria (art. 112.5 y 113.1 j), la Ley 13/1985, de 25 de mayo (Disposición adicional segunda), la Ley 46/2002, de 18 de diciembre (Disposición adicional cuarta) y la Ley 51/2002, de 27 de diciembre (Disposición adicional decimotercera) y deroga la Ley 19/1993 de 28 de diciembre (art. 13.1 párrafo segundo), la Ley 40/1979, de 10 de diciembre (En su totalidad, salvo Capítulo II) y Ley 41/1999, de 12 de noviembre (Disposición adicional cuarta).

Penal, se da cabida a un mayor número de conductas delictivas que quedarían comprendidas dentro del tipo. La doctrina ha venido aceptando que dentro de este marco legal se deben entender subsumidos todos aquellos delitos en referencia al blanqueo de capitales con la única limitación punitiva que nos indica el propio Código Penal que se trate de “delitos graves”<sup>78</sup>.

Para el Código Penal español (art. 13.1) son delitos graves, las infracciones que la Ley castiga con pena grave, y los delitos que el CP (art. 33.2) castiga con penas graves son, la prisión superior a cinco años, la inhabilitación absoluta, las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años, la suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años. Igualmente (art. 13.4) cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave.

### 3. Cooperación entre autoridades

La cooperación con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales previstas en el art. 6, apartado 1 y en el art. 2 bis, número 5, de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, en su versión modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, al ser traspuesta al Ordenamiento Jurídico español, ha afectado a los notarios y los profesionales independientes del ámbito jurídico, tal y como han sido definidos por los Estados miembros, deben estar sujetos a lo dispuesto en la Directiva cuando participen en operaciones financieras o empresariales, incluido el asesoramiento fiscal, en las que exista el mayor riesgo de que los servicios de dichos profesionales del ámbito jurídico se empleen indebidamente a fin de blanquear el produc-

---

<sup>78</sup> Vid. J.L. Díez Ripollés, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas”, *Actualidad Penal*, nº 31, 1994, pp. 610 y ss.; E. Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 295.



to de actividades delictivas. No obstante, cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico, como los abogados, estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería impropio imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la Directiva, la obligación de notificar sospechas de blanqueo de capitales. Es preciso que existan dispensas a la obligación de notificación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente.

Así pues, el asesoramiento jurídico sigue estando sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales, o de que el abogado sepa que el cliente busca el asesoramiento jurídico para el blanqueo de capitales<sup>79</sup>. Una gran mayoría de los profesionales afectados por esta Directiva, está en desacuerdo con la misma, considerando que con la intención de combatir el terrorismo y la corrupción, han cercenado ciertos derechos constitucionales de los individuos, así como limitando en gran medida los derechos profesionales que son de la esfera de éstos y sus clientes como son la confidencialidad que existe entre ambos y el derecho de defensa del representado. Como muestra del mal estar que ha ocasionado esta Directiva, cabe señalar, que el 22 de julio de 2004, varios Consejos del Colegio de Abogados de varios países europeos presentaron dos recursos ante la Corte de Arbitraje de Bélgica (*Cour constitutionnelle* anteriormente *Cour d'arbitrage*) solicitando la anulación del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2001/97/CE por considerar que vulnera el derecho de todo justiciable a un proceso justo, así como el derecho constitucional del secreto profesional e independencia de los abogados<sup>80</sup>. La Corte de Arbitraje belga

---

<sup>79</sup> Exposición de Motivos de la Directiva 2001/97/CE.

<sup>80</sup> Vid. Asunto C-305/05: Sentencia del tribunal de Justicia (gran sala) de 26 de junio de 2007 (petición de decisión prejudicial planteada por la *Cour constitutionnelle* Bélgica) — *ordre des barreaux francophones et germanop-*

solicitó del tribunal de Justicia Europeo realizara una decisión prejudicial sobre la validez del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2001/97/CE. La conclusión de dichos expertos es que “el secreto profesional sólo es aplicable a un abogado cuando sus servicios se soliciten para desempeñar una labor de defensa o representación en los tribunales o para obtener asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso”<sup>81</sup>. Partiendo del conflicto de intereses que ha provocado, la trasposición de la Directiva en el colectivo de abogados de la Comunidad Europea, de un lado, por la obligación de identificación personal, identificación real y de otro el de revelar información acerca de sus clientes, rompiendo así con el deber del secreto profesional al que hasta entonces se encontraban sometidos los Abogados. Nos lleva a la necesidad de profundizar un poco más sobre este tema. El abogado, tiene el deber de identificar a su cliente, y así lo establece el art. 13.2 del Código Deontológico de la abogacía en España, al igual que, la Directiva, no exonera al Letrado de esta imposición, así lo dispone en sus Considerandos decimosexto a vigésimo, aunque como ya hemos indicado anteriormente, sí han dispuesto una serie de dispensas para aquellos miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico como los Abogados, exi-

---

*hone, ordre français des avocats du barreau de bruxelles, orde van vlaamse balies, nederlandse orde van advocaten bij de balie te brussel/conseil des ministres* (directiva 91/308/CEE) — prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales — obligación impuesta a los abogados de informar a las autoridades competentes de cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales — derecho a un proceso justo — secreto profesional e independencia de los abogados).

<sup>81</sup> Las obligaciones de información y de cooperación con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales previstas en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, en su versión modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, y que el artículo 2 bis, número 5, de la misma Directiva impone a los abogados, no vulneran el derecho a un proceso justo, tal como éste está garantizado por el artículo 6 del CEDH y el artículo 6 UE, apartado 2, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de dicha Directiva.

miéndoles en aquellos supuestos en que estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería improcedente imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la Directiva, la obligación de notificar sospechas de blanqueo de capitales.

Después de tanto tiempo, blandiendo como si de un estandarte se tratara, la confianza y la confidencialidad entre cliente y abogado, después de la larga tradición doctrino jurisprudencial y normativa que ha existido en nuestro país a este respecto, la Directiva comunitaria pretende cambiar un derecho constitucional tan arraigado en la profesión de la abogacía como es el “derecho a la defensa”. La colaboración y confianza –corolario de la primera– aparecen como factores preponderantes del eficaz ejercicio de la defensa técnica: bajo ningún concepto se puede hablar de defensa si entre imputado y defensor no existe Confianza y colaboración<sup>82</sup>. Todo lo anterior, se refiere al abogado ya designado, pero además, atendiendo al art. 5 de la Directiva, tenemos otros dos supuestos, según este artículo debemos distinguir entre los actos ya ejecutados por el cliente y los futuros: a) Si un cliente solicita los servicios de un letrado, con fines totalmente encaminados a resolver por la vía judicial sus posibles problemas o conflictos jurídicos o económicos, toda la información que recabe el abogado, encaminada a elaborar una estrategia procesal en busca de la defensa y beneficio de su representado, por lo tanto, cuando la relación comienza entre defensor y defendido, todos los hechos realizados por el cliente ya han tenido lugar y el letrado solo busca su defensa en un proceso judicial. Y a la vista de la Sentencia anteriormente mencionada se debe entender que el abogado no tiene la obligación de informar; b) Si la información que le transmite el cliente a su abogado, en este caso el letrado tiene que olvidarse de su deber de confidencialidad y nada impedirá

---

<sup>82</sup> V. Moreno Catena, *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Madrid, Montecorvo, 1980, p. 209

que deba informar a las autoridades de la intención de su defendido de intentar realizar actividades de blanqueo de capitales<sup>83</sup>.

En el capítulo I, establece el régimen general de movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, formulando el principio de libertad de movimientos para ello, así como la definición de residente y no residente en España. Posibilita el conocimiento de los movimientos de capitales y transacciones económicas con el exterior a través de un mecanismo de declaración, se identifican los sujetos obligados a declarar y los destinatarios de la información. Establece una serie de autorizaciones para realizar actos y negocios afectados por cláusulas de salvaguardia o medidas excepcionales a través de autorización administrativa. Los órganos de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (Servicio Ejecutivo y Secretaría) llevarán a cabo a requerimiento del instructor del procedimiento sancionador por infracciones contra el régimen jurídico de movimiento de capitales, o por propia iniciativa, las actuaciones de investigación que resulten adecuadas para el esclarecimiento de los hechos que pudieran ser constitutivas de las infracciones tipificadas en esta Ley. En su capítulo II realiza una clasificación de las infracciones en materia de movimientos de capitales, en muy graves, graves y leves, y establece sus correspondientes sanciones. Mejora los instrumentos de control sobre el efectivo y otros medios de pago para reducir el riesgo de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

El Real Decreto 54/2005, de 21 de enero, por el que se modifican el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, y otras normas de regulación del sistema bancario, financiero y asegurador (BOE 22/01/05)<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> M. del P. Otero González, *Justicia y Secreto Profesional*, Madrid, Universitaria Ramón Areces, 2001. p. 49

<sup>84</sup> Este Decreto modificó: Real Decreto 925/1995, de 9 de junio (art. 1.1, art. 2, art. 3.4.5 y nuevos 6 y 7, art. 4, art. 5.1 y 2, art. 7.1.2.3 y 4, art. 8.4, art. 11.1.6 y nuevos 7 y 8, art. 12.2, art. 16, art. 17.4, art. 18.3, art. 20.1, art. 21, art.

El RD amplía el cuadro obligacional de una lado el de comunicar operaciones sospechosas a auditores, contables externos o asesores fiscales, notarios, abogados y procuradores. Y de otro amplía igualmente el marco de actividades económicas sometidas a este régimen como el de transporte profesional de fondos o medios de pago, a las actividades de giro o transferencia internacional realizadas por los servicios postales y la comercialización de loterías u otros juegos de azar respecto de las operaciones de pago de premios. Como novedad, cabe señalar, la obligación de presentar declaración previa sobre el origen, destino y tenencia de fondos para la salida o entrada en territorio nacional de fondos por importe superior a 6.000 € y para los movimientos por territorio nacional de medios de pago superiores a los 80.500 €. La obligación de adoptar medidas para comprobar razonablemente la veracidad de la actividad profesional o empresarial de sus clientes. Otra novedad se establece la posibilidad de cursar las comunicaciones sospechosas mediante un medio electrónico. Para ello el Servicio Ejecutivo establecerá procedimientos técnicos que garantice la confidencialidad de del contenido de las comunicaciones.

La Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado: regula el Órgano Centralizado de Prevención (OCP) que debe establecer el Consejo General del Notariado para reforzar y canalizar la colaboración del notariado con las autoridades en la lucha contra el blanqueo de capitales. (art. 1) Establece la obligación de los notarios de comunicar por escrito con el modelo previsto por esta Orden al Consejo General del Notariado su incorporación al OCP. (art. 2) Establece una Unidad de Análisis y Comunicación del OCP) que examinará las

---

23, art. 24.2 y 3, art. 25, art. 26.2, art. 27.1 y 3, art. 28) Real Decreto 1245/1995, de 14 de Julio (art. 1.1, art. 2.1 nuevo párrafo i, art. 3b) , Real Decreto 84/1993, de 3 de julio ( art. 1, art. 2.1 b, art. 4 nuevo párrafo tercero) , Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre (art. 3.1, art. 4.2 nuevo párrafo e, art. 5.3 c) , Real Decreto 692/1996, de 26 de abril (art. 3.1, art. 5.1 nuevo párrafo h, art. 6.1 b) , Real Decreto 867/2001, de 20 de julio (art. 14.1 f nuevo párrafo) , Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre (art. 9.2 nuevo párrafo d) y al Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre (art. 24.1 nuevo párrafo)

operaciones que le remitan los notarios para su análisis, tras el cual si existieran indicios o certeza de blanqueo de capitales, comunicará la operación al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias en nombre y por cuenta del Notario interviniente en la operación. Igualmente, establece que el OCP elaborará y mantendrá actualizado un Manual de Procedimientos de Prevención del Blanqueo de Capitales para los notarios, velando para que estos apliquen en su actividad profesional el referido Manual. Las comunicaciones realizadas al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias en el marco de la prevención del blanqueo de capitales (SEPBLAC) contendrán los requisitos y toda la información señalada en el apartado 4 del artículo 7 del Reglamento de la Ley 19/1993, aprobado por Real Decreto 925/1995. (art. 9)

La Orden EHA/2619/2006, de 28 de julio, por la que se desarrollan determinadas obligaciones de prevención del blanqueo de capitales de los sujetos obligados que realicen actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias con el exterior. Tras su Exposición de Motivos, establece quienes serán los sujetos obligados, que los serán, los sujetos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, para entidades que realicen actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias con el exterior. Igualmente, establece un conjunto de criterios para la debida identificación de sus clientes. Establece que la conservación de los documentos será por un periodo de seis años.

La Resolución de 10 de septiembre de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el Acuerdo de 14 de julio de 2008, de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, por el que se determinan las jurisdicciones que establecen requisitos equivalentes a los de la legislación española de prevención de blanqueo de capitales.

De conformidad con la Directiva 2005/60/CE esta Orden enuncia una lista<sup>85</sup> con el nombre de los países que establecen requisitos equivalentes a los de la legislación española.

La Orden EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales Establece la necesidad de desarrollar y precisar la forma en la que los notarios han de cumplir determinadas obligaciones a las que se hayan sujetos en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales de conformidad con lo establecido en la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, y en su Reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio. Se precisa la forma de cumplimiento por los notarios de las obligaciones de identificación de clientes, conservación de documentos y procedimientos de control y evaluación y se acuerda que comuniquen a las autoridades competentes la coincidencia, en su caso, de la identidad de los otorgantes con la de las personas y entidades incluidas en las listas contenidas en instrumentos de Derecho comunitario, tales como los Reglamentos 2580/2001, 881/2002 o sucesivos. La Orden no regula un régimen jurídico exhaustivo, limitándose a desarrollar determinadas obligaciones de prevención en las que se estima que son necesarias o convenientes ciertas precisiones, por apreciarse que en las restantes son suficientemente concretas las exigencias contenidas en el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre.

---

<sup>85</sup> Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Hong Kong, Japón, México, Nueva Zelanda, Federación Rusa, Singapur, Suiza, Sudáfrica y los Estados Unidos establecerán requisitos equivalentes a la legislación española en materia de prevención de blanqueo de capitales.

## II. Comisiones en los contratos públicos o licitaciones

Hemos comprobado que los ámbitos de la corrupción son múltiples y variados. La corrupción vista desde el ámbito de la contratación pública debería ser entendida como aquellos actos de corrupción perpetrados por la propia Administración pública en su actividad económica, a través de sus funciones de licitación de contratos públicos de obras, servicios y suministros por parte de los funcionarios competentes<sup>86</sup>.

Si ya hemos dicho que la corrupción es uno de los comportamientos más habituales en cualquier ámbito de nuestra sociedad, podríamos decir que donde mayor proliferación tiene este tipo de conducta es en la “contratación pública”. Por ello la Unión Europea ha dictado una serie de instrumentos jurídicos con la intención de armonizar, de un lado, proporcionando una serie de medidas para que se alcanzara un sistema interno de contratación pública a la concurrencia intracomunitaria, y de otro, el garantizar y proporcionar la seguridad jurídica necesaria al aplicar el Derecho comunitario al sector de suministro de servicios, de interés público general, prestando atención a los contratos públicos<sup>87</sup>. Por ello resulta interesante analizar el conjunto de normas legislativa que la Comunidad Europea ha llevado a cabo con la posterior transposición de la misma a los respectivos Estados miembro.

---

<sup>86</sup> B. A. Rezzoagli, *Corrupción y contratos públicos*, Salamanca, Ratio Legis, 2004, p. 55

<sup>87</sup> El Libro Blanco de la Comisión Europea, presentado como prolongación del Libro Verde sobre los servicios de interés general, expone el enfoque que ha adoptado la Unión Europea para promover el desarrollo de servicios de interés general de calidad. Presenta los principales elementos de una estrategia destinada a procurar que todos los ciudadanos y empresas de la Unión tengan acceso a servicios de interés general accesibles y de calidad.



### *1. Normativa europea sobre contratación pública*

Los contratos públicos representan un importante porcentaje del PIB comunitario, por ello la UE ha procurado una armonización de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, dentro del territorio comunitario, la contratación pública es considerada una actividad muy importante dentro del Mercado interior europeo.

La labor legislativa realizada al respecto ha favorecido la libre competencia a diferente tipo de empresas a través de unos procesos de licitación transparentes, con posibilidad de denunciar cualquier posible irregularidad contra los órganos de contratación que no cumpla con dicha normativa. A nivel internacional los contratos públicos no se ven afectados por las normas básicas de la Organización Mundial del Comercio. Además de la Comunidad Europea, otros 12 países son signatarios del Acuerdo multilateral sobre contratos públicos (AMP).

Las primeras Directivas aprobadas por el Parlamento y el Consejo de las Comunidades Europeas fueron, la Directiva 71/305/CEE sobre contratos de obras y la Directiva 77/62/CEE sobre contratos de suministro. Posteriormente se aprobaron otra serie de Directivas, la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de Contratos Públicos de Suministro; Directiva 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1997 por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente. Y por último, las siguientes Directivas: la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de

obras, de suministros y de servicios; la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales; el Libro Verde sobre la contratación pública-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 30 de abril de 2004 y la Comunicación de la Comisión sobre esta materia de 15 de noviembre de 2005; Directivas modificatorias de las anteriores: Directiva 2005/51/CE, de 7 de septiembre (modifica diversos anexos) y Directiva 2005/75/CE, de 16 de noviembre (modifica art. 78 de la Directiva 2004/18/CE respecto de los umbrales); el Reglamento (CE) nº 1564/2005, de la Comisión, de 7 de septiembre, sobre formularios normalizados; la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (COM 2006/179/2); la Directiva de adaptación con motivo de la adhesión de Rumanía y Bulgaria: Directiva 2006/97/CE, de 20 de noviembre; la Directiva 2007/24CE, de 23 de mayo, de derogación expresa de la Directiva 71/304/CEE; el Reglamento (CE) nº 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre, en el que se fijan los nuevos umbrales a partir de 1 de enero de 2008; la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, de modificación de las Directivas de recursos; el Reglamento (CE) nº 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007 sobre Vocabulario común de contratos públicos: modifica diversos anexos de las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE.

#### A) Ámbito objetivo de las Directivas

En primer lugar pasaremos a analizar una serie de conceptos que fijan la propia normativa de la Directiva 92/50. Para ello debemos delimitar que se entiende por contratos públicos, prestando especial atención a cada tipo de contrato.

Debemos de entender por contratos públicos de servicios, los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador

de servicios y una entidad adjudicadora. Si examinamos la Directiva, en ésta se entiende como prestador de servicios<sup>88</sup>, toda persona física o jurídica, incluidos los organismos públicos, que ofrezca servicios. Se designará con el término licitador al prestador de servicios que efectúe una oferta y con el término candidato al que solicite ser invitado a participar en un procedimiento restringido o negociado. Y se entenderá como entidad adjudicadora<sup>89</sup> al Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes. Asimismo se entenderá por organismo de Derecho público todo organismo que haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil, que esté dotado de personalidad jurídica, aquél cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público. En el Anexo I de la Directiva 71/305/CEE, figuran las listas de los organismos de Derecho público o de categorías de estos organismos que responden a los criterios contemplados en el párrafo segundo de la presente letra. Dichas listas serán tan completas como sea posible y podrán revisarse con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 30 ter de dicha Directiva.

Una vez aclarados los conceptos de prestador de servicios y entidad adjudicadora, pasemos a delimitar el concepto del término contrato público de servicios. Según la anterior definición que hemos dado de contrato público, quedarían excluidos de esta categoría, los contratos públicos de suministro, tal los contratos públicos de suministros y de obras; los contratos públicos de servicios sometidos a la Directiva 93/38/CEE sobre procedimientos de adjudicación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las tele-

---

<sup>88</sup> art.1 c) de la Directiva 92/50CEE.

<sup>89</sup> art.1 b) de la Directiva 92/50CEE.

comunicaciones; los contratos de arrendamiento o de adquisición, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre los mismos; los contratos de compra, desarrollo, producción o coproducción de programas por parte de los organismos de radiodifusión, y los de compra de tiempo de difusión; los contratos de telefonía de voz, télex, radiotelefonía móvil y buscapersonas y comunicación por satélite; los contratos de servicios de arbitraje y conciliación; los contratos relativos a la compra, venta y transferencia de títulos o de instrumentos financieros, así como los de servicios prestados por los bancos centrales; los contratos laborales y los contratos de investigación y desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su actividad, siempre que la misma remunere totalmente la prestación del servicio<sup>90</sup>.

En segundo lugar, se debe entender por contratos públicos de suministro, los celebrados por escrito a título oneroso que tengan por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos de productos entre un proveedor (persona física o jurídica), por una parte, y uno de los poderes adjudicadores por otra. La entrega de los productos podrá incluir, con carácter accesorio, trabajos de colocación e instalación.

Por lo tanto quedarán excluidos de esta categoría los contratos de puesta a disposición o la explotación de redes fijas que presten un

---

<sup>90</sup> Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su art. 1 indica cuales son las exclusiones sobre el concepto de contrato público de suministro, “quedando excluidos de los mismos, los contratos públicos de suministro, tal como se definen en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 77/62/CEE, que son, los contratos públicos de obras, definidos en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 71/305/CEE; ii) los contratos públicos celebrados en los ámbitos mencionados en los artículos 2, 7, 8 y 9 de la Directiva 90/531/CEE y los contratos públicos que cumplan las condiciones establecidas en el apartado. Ver también el art. 7 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable, o de electricidad, o de gas o de calefacción, el suministro de agua potable, electricidad, gas o calefacción a dichas redes; la explotación de una zona geográfica determinada para la prospección o extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, o la puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales de los aeropuertos, de los puertos marítimos o interiores y otras terminales de transporte; la explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable.

En cuanto a los servicios de transporte, se considera que existe una red cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones establecidas por una autoridad competente de un Estado miembro, tales como las condiciones relativas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o a la frecuencia del servicio; La puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro de uno o más servicios públicos de telecomunicaciones.

No será de aplicación a los contratos formalizados a efectos de reventa o arrendamiento a empresas terceras, siempre y cuando la entidad contratante no goce de derechos especiales o exclusivos de venta o arrendamiento del objeto de dichos contratos, y existan otras entidades que puedan venderlos o arrendarlos libremente en las mismas condiciones que la entidad contratante; Los contratos que las entidades contratantes en el Anexo I formalicen para la compra de agua; Los contratos que las entidades contratantes enumeradas en los Anexos II a V de la Directiva 50/531CEE que formalicen para el suministro de energía o de combustibles destinados a la producción de energía; Los contratos de suministro que se declaren secretos o cuya ejecución deba ir acompañada de especiales medidas de seguridad, con arreglo a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas vigentes en el Estado miembro de que se trate o cuando así lo requiera la protección de los intereses esenciales de la seguridad de dicho Estado miembro; Los contratos públicos de suministro que se rijan por normas de procedimiento diferentes, adjudicados en virtud de un acuerdo internacional, cele-

brado de conformidad con el Tratado, entre un Estado miembro y uno o más países terceros y que se refiera a suministros destinados a la realización o explotación en común de una obra por los Estados signatarios; todo acuerdo se comunicará a la Comisión, que podrá proceder a una consulta en el Comité consultivo de contratos públicos creado por la Decisión 71/306/CEE<sup>91</sup>.

En tercer lugar, se debe entender por contratos públicos de obras: los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador, por otra, que tengan por objeto, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a Construcción e ingeniería civil (sin especialización), demolición, Construcción de inmuebles (viviendas y otros) Ingeniería civil: construcción de carreteras, puentes, vías férreas, etc. Instalación, Decorados y acabados, aquellos contratos con el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinada a cumplir por sí misma una función económica o técnica; bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador<sup>92</sup>.

Una vez realizadas las aclaraciones conceptuales oportunas, podemos describir el ámbito objetivo de las Directivas.

Ámbito objetivo de los contratos de servicios serán modificado por la Directiva 97/52 quedando este supeditado a los contratos públicos de servicios a que se refiere el apartado 3 del artículo 3, a los contratos públicos de servicios que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo IB, servicios de la categoría 8 del anexo I A y servicios de telecomunicaciones de la categoría 5 del anexo I A, con números de referencia en la CPC 7524, 7525 y 7526, adjudicados por las entidades adjudicadoras a que se refiere la letra b) del

---

<sup>91</sup> Arts. 2 a 4 de la Directiva 93/36/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

<sup>92</sup> art. 2 de la Directiva 93/97 CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

artículo 1, siempre que el valor previsto, excluido el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a 200 000 ecus; a los contratos públicos de servicios que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo IA (siendo éstos contratos de investigación y desarrollo), con excepción de los servicios de la categoría 8 y de los servicios de telecomunicaciones de la categoría 5, con números de referencia en la CPC 7524, 7525 y 7526:

i) adjudicados por las entidades adjudicadoras designadas en el anexo I de la Directiva 93/36/CEE, siempre que el valor previsto, excluido el IVA, iguale o sobrepase el equivalente en ecus de 130 000 derechos especiales de giro (DEG);

ii) adjudicados por las entidades adjudicadoras a que se refiere la letra b) del artículo 1 distintos de los mencionados en el anexo I de la Directiva 93/36/CEE y cuyo valor estimado, excluido el IVA, iguale o sobrepase el equivalente en ecus de 200 000 DEG”.

Al calcular el importe estimado de un contrato, la entidad adjudicadora incluirá el valor total estimado de la remuneración del prestador de servicios, teniendo presente lo dispuesto en los apartados 3 a 7 de la Directiva 93/57/CEE.

Asímismo, el ámbito objetivo de aplicación al que se refiere la Directiva 93/36/CEE, tal y como ésta señala, sería el contenido en el Título II (en el que se nos indica una serie de reglas comunes en el ámbito técnico, art. 8), en el Título III (indica una serie de reglas comunes respecto a la publicidad, arts. del 10 al 14 ambos inclusive), y por último el Título IV (en el que se establecen unas normas básicas de participación).

Por lo que será de aplicación los contratos públicos de suministros:

i) Los adjudicados por los poderes adjudicadores contemplados en la letra b) del artículo 1, incluidos los contratos adjudicados por los poderes adjudicadores designados en el anexo I en el ámbito de la defensa, en la medida en que se refieran a productos no cubiertos por el anexo II, cuando el valor estimado, excluido el impuesto so-

bre el valor añadido (IVA), sea igual o superior al equivalente en ecus de 200 000 derechos especiales de giro (DEG);

ii) Los adjudicados por los poderes adjudicadores designados en el anexo I, cuyo valor estimado, excluido el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior al equivalente en ecus de 130 000 DEG; en lo que se refiere a los poderes adjudicadores en el ámbito de la defensa, la presente disposición sólo se aplicará a los contratos relativos a los productos comprendidos en el anexo II.

## B) Ámbito subjetivo de las Directivas

Para poder conocer el ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas, antes será necesario conocer el concepto de poder adjudicador en las mismas. Podemos decir que el concepto adoptado por la Directiva 93/96/CEE es la adoptada por las otras dos. Así pues, se entiende por poder adjudicador: el Estado, los entes públicos territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público. Entendiéndose por éstos: todo organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público. En el Anexo I de la Directiva 93/37/CEE figuran las listas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que reúnen los criterios enumerados en el párrafo segundo de la presente letra. Dichas listas son lo más completas posibles y podrán ser revisada con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 35 de la Directiva 93/37/CEE;



## *2. Procedimientos de adjudicación*

### A) Tipos en presencia

La Directiva 92/50/CEE distingue los siguientes tipos de procedimientos:

Procedimientos abiertos: aquellos procedimientos nacionales en que cualquier prestador de servicios interesado pueda presentar ofertas;

Procedimientos restringidos: aquellos procedimientos nacionales en que únicamente los prestadores de servicios invitados a licitar por el poder adjudicador puedan presentar ofertas;

Procedimientos negociados: aquellos procedimientos nacionales en que las entidades adjudicadoras celebren consultas con prestadores de servicios de su elección y negocien con uno o más de ellos las condiciones del contrato.

Sin embargo, para los contratos públicos de servicios, la Directiva 92/50/CEE, presenta una novedad; los concursos de proyectos, definiendo a éstos como aquellos procedimientos nacionales que tengan por objeto permitir a la entidad adjudicadora adquirir planes o proyectos, principalmente en los campos de la ordenación territorial, el urbanismo, la arquitectura o la ingeniería y el procesamiento de datos; dichos proyectos serán seleccionados por un jurado después de haber sido objeto de una licitación con o sin asignación de premios<sup>93</sup>.

Si bien en el art. 13 de dicha Directiva, se contemplan una serie de requisitos, perfilando o delimitando este tipo de procedimiento, indicándonos que las normas relativas a la organización de un concurso de proyectos se establecerán de conformidad con los requisi-

---

<sup>93</sup> art. 1, letra g), de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

tos del presente artículo y se pondrán a la disposición de quienes estén interesados en participar en el concurso, es decir, proporcionando publicidad de los mismos. Por otro lado, se advierte que no se podrá limitar la posibilidad de participar en los concursos de proyectos, al territorio o a una parte del territorio de un Estado miembro por el hecho de que los participantes, en virtud de la legislación del Estado miembro que organice el concurso, tengan que ser o bien personas físicas, o bien personas jurídicas. Y cuando los concursos reúnan a un número limitado de participantes, las entidades adjudicadoras establecerán criterios de selección claros y no discriminatorios. En todos los casos, al fijar el número de los candidatos invitados a participar en los concursos de proyectos se deberá tener en cuenta la necesidad de garantizar una verdadera competencia<sup>94</sup>.

Además, el jurado estará compuesto exclusivamente de personas físicas independientes de los participantes en el concurso. Cuando se exija una cualificación profesional específica para participar en un concurso, al menos un tercio de los miembros deberá poseer las mismas cualificaciones u otras equivalentes. Y el jurado adoptará sus decisiones o dictámenes con total independencia, sobre la base de proyectos que le serán presentados de manera anónima, y atendiendo únicamente a los criterios indicados en el anuncio a que se refiere el apartado 3 del artículo 15.

Respecto a los criterios que se deben seguir para la adjudicación del contrato<sup>95</sup>, la normativa comunitaria establece, que se debe atender a dos tipos de adjudicaciones, a la licitación con el precio más bajo o a la oferta económicamente más ventajosa, estableciendo para este tipo de selección una serie de parámetros como la calidad, la perfección técnica, las características estéticas y funcionales, la asistencia y el servicio técnico, la fecha de entrega, el plazo

---

<sup>94</sup> J. M<sup>a</sup>. Boquera Oliver, *La selección de contratistas: procedimiento y selección y contrato*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, pp. 12-14.

<sup>95</sup> R. De Benito Zaldo, "La adjudicación del contrato administrativo en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". *Revista Actualidad Administrativa*, n<sup>o</sup> 11, 1997, p. 117.

de entrega o de ejecución, el precio; en el caso de que el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, cuando resulte posible en orden decreciente de importancia atribuida.

Las normativas europeas sobre la publicidad de los contratos públicos, es muy concreta, estableciendo que las entidades adjudicadoras darán a conocer, mediante un anuncio indicativo que se publicará lo antes posible después del inicio del ejercicio presupuestario, el volumen total de contratos de servicios que tengan previsto adjudicar durante los doce meses siguientes en cada una de las categorías de servicios enumeradas en el Anexo I A, cuando el valor total estimado, atendiendo a las disposiciones del artículo 7, sea igual o superior a 750000 ecus.

Asimismo, las entidades adjudicadoras que deseen adjudicar un contrato público de servicios mediante procedimiento abierto, restringido o - siempre que se reúnan las circunstancias descritas en el artículo 11 - negociado, darán a conocer su intención por medio de un anuncio<sup>96</sup>.

Los poderes adjudicadores, deberán enviar a la mayor brevedad posible y por la vía más adecuada a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. En el caso del procedimiento acelerado previsto en el art. 14, (referente al sector Técnico) los anuncios se enviarán por télex, telegrama o telecopiadora.

La publicación en los diarios oficiales o en la prensa del país de la entidad adjudicadora no podrá realizarse antes de la fecha de envío a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas y deberá mencionar dicha fecha. No podrá contener datos distintos de los publicados en el Diario Oficial de la Comunidades

---

<sup>96</sup> En esta línea *Vid.* art. 15, apartado 1 Directiva 92/50/CEE del Consejo, art. 9, apartado 1, de la Directiva 93/36/CEE, y art. 11, apartado 1, de la Directiva 93/37/CEE.

Europeas. Los poderes adjudicadores deberán poder justificar la fecha de envío.

Adjudicado el contrato, las entidades adjudicadoras que hayan adjudicado un contrato público o hayan celebrado un concurso de proyectos, enviarán un anuncio con los resultados del procedimiento de adjudicación a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

No obstante lo anterior, sobre las normas de publicidad sobre el proyecto adjudicado, presenta una excepción, y esta es, que la información relativa al otorgamiento de los contratos podrá no publicarse cuando su divulgación obstaculice la aplicación de la legislación vigente, sea contraria al interés público, perjudique a los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o pueda falsear la competencia leal entre prestadores de servicios<sup>97</sup>.

Respecto a los criterios a seguir en el ámbito técnico de los distintos tipos de contratos, cabe señalar, que las Directivas europeas, establecen una serie de principios: de un lado, obliga a cada uno de los Estados miembros a que garanticen que los poderes adjudicadores recurran, sin discriminación, a los empresarios nacionales de los demás Estados miembros que reúnan las cualificaciones requeridas y en las mismas condiciones que las aplicables a sus nacionales; de otro, indican que los Estados miembros deberán prohibir la introducción, en las cláusulas contractuales propias de cada contrato, de especificaciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o de una procedencia determinada, o procedimientos específicos que tengan como consecuencia favorecer o eliminar a determinados contratistas, a menos que ello esté justificado por el objeto del contrato. Estará especialmente prohibida la indicación de marcas, patentes o tipos, así como la de un origen o una producción determinada; no obstante, estará autorizada tal indicación acompañada de la mención «o equivalente », siempre que los poderes adjudicadores no tengan la posibilidad de dar una descripción del ob-

---

<sup>97</sup> Art.16, apartado 5, de la Directiva 92/50/CEE.

jeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los interesados<sup>98</sup>.

Sobre las normas comunes de participación observadas en las Directivas a las que nos estamos refiriendo, cabe destacar, que como ya hemos indicado anteriormente, los criterios de adjudicación que deben predominar, serán el del precio más bajo o el de la oferta económicamente más ventajosa, en éste último supuesto, además se deberá comprobar: la capacidad financiera y económica del prestador de servicios mediante una o varias de las siguientes referencias: a) los documentos bancarios pertinentes o un justificante del seguro de indemnización por riesgos profesionales; b) la presentación de los balances de la empresa o de extractos de éstos, en el caso de que la publicación de los balances esté prescrita por la legislación sobre sociedades del país en el que el prestador de servicios esté establecido; c) una declaración del volumen global de negocios de la empresa y del volumen de negocios correspondiente a los servicios relacionados con el contrato realizados en los últimos tres ejercicios<sup>99</sup>.

Las ofertas se presentarán por escrito, directamente o por correo. Los Estados miembros podrán autorizar la presentación de las ofertas por cualquier otro medio que permita garantizar: a) que todas las ofertas contengan la totalidad de la información necesaria para su evaluación; b) que se mantenga la confidencialidad de las ofertas presentadas en espera de su evaluación; c) si fuese necesario por razones de prueba judicial, que se acuse recibo de las ofertas en el plazo más breve posible, por escrito o mediante el envío de una copia compulsada de las mismas; d) que la apertura de las ofertas se efectúe después de finalizado el plazo de presentación de las mismas.

---

<sup>98</sup> Art.10, apartado 6, de la Directiva 93/37/CEE

<sup>99</sup> art. 31, apartado 1, de la Directiva 92/50/CEE.

## B) Examen de la práctica

No obstante lo anterior, cabe matizar y diferenciar entre los contratos de servicios que sí estarían sujetos a las Directivas comunitarias y los contratos de concesión de servicios, que no estarían sujetos a las Directivas.

i) Así ha quedado demostrado en las sentencias del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), entre otros, merece especial atención la Sentencia sobre el *Grupo de Transformación Agraria S.A. (Tragsa)*<sup>100</sup>. Este grupo estaba formado por tres empresas de capital público perteneciente a la Administración Central del Estado y a varias Comunidades Autónomas, el control de la empresa era llevado a cabo por varios entes territoriales que ejercían el control del Grupo al margen de la normativa de la contratación pública, su función la de conservación de la naturaleza, fomentar el desarrollo rural y la prestación de servicios de emergencia a través de su empresa matriz. Debido a este tipo de actuación, el tribunal Supremo de España, planteó ante el tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) una cuestión de prejudicialidad en el sentido de si la dirección y régimen jurídico de Tragsa estaban siendo contrarios a las Directivas 92/50, 93/36 Y 93/37 en cuanto al cumplimiento de licitación obligatoria. Teniendo en cuenta que la Administración encarga a Tragsa un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado. El TJCE dictaminó que el procedimiento de licitación para la adjudicación de esos contratos no eran obligatorios y por lo tanto no estaban siendo contrarios a las Directivas europeas porque estaban cumpliendo los llamados “criterios Teckal”<sup>101</sup>, es decir, por un

---

<sup>100</sup> Sentencia del tribunal de Justicia (Sala Segunda) C.E. de 19 de abril de 2007. Asunto C-295/05.

<sup>101</sup> Son los denominados por la jurisprudencia comunitaria como “criterios Teckal” (STJCE de 18/11/99, asunto C-107/98), que han sido refrendados por el TJCE a lo largo del año 2005, en las sentencias Stadt Halle, Comisión contra España, Parking Brixen y Comisión contra Austria, en el año 2006 en la

lado, la autoridad pública, que a su vez era una entidad adjudicadora, ejercía sobre la entidad un control análogo al que ejercería sobre sus propios servicios, y por otro lado, dicha entidad estaba realizando una parte esencial de su actividad con los propios entes públicos que la controlaban<sup>102</sup>. La nueva Ley 30/07, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público reguló en su Disposición Adicional Trigésima el régimen jurídico llevado a cabo por Tragsa, admitiendo que dicha sociedad como sus filiales integradas en el grupo, cuyo capital era íntegramente de su titularidad, tenían la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración estatal, de las Comunidades Autónomas y de los poderes adjudicadores pendientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomiendan, dentro del ámbito y funciones recogidos en el apartado cuarto de la Disposición Adicional citada, así como actuaciones de apoyo y servicio institucional a la cooperación española en el ámbito internacional. Podemos decir, en este sentido que Tragsa fue un ejemplo de medio propio instrumental en nuestro ordenamiento jurídico y de la doctrina “*in house providing*”, quedando excluido su régimen jurídico de la aplicación de la normativa de contratación pública al reunir todos los requisitos exigidos por el art. 24.6 LCSP. Las operaciones denominadas “*in house*” por el tribunal, aparecen reguladas en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 4.1 n) y 26.4 de la Ley 30/07, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Como ejemplo en la práctica, el régimen jurídico de Tragsa, en la Disposición Adicional Trigésima del citado texto normativo. Dichas operaciones internas o “*in house*” se articulan mediante la figura jurídica de la encomienda de gestión, regulada conjuntamente por el art.15 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la Ley de Contratos del Sector

---

sentencia Carbotermo, en el año 2007 en la sentencia Asemfo/Tragsa y en el año 2008 en la sentencia Coditel.

<sup>102</sup> E. Arimany Lamoglia, “La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público (Crónica del caso “Centro de Ocio de la ciudad de Roanne”)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº. 133, pp. 65-88.

Público en su art.24.6. Requisitos de la encomienda de gestión: a) La entidad encomendante, poder adjudicador, debe ejercer sobre su medio propio un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios. b) La entidad encomendada (medio propio) debe, a su vez, realizar la parte esencial de su actividad con la entidad encomendante. c) El encomendado puede ser un ente, organismo o entidad del sector público. d) Las encomiendas de gestión han de ser de ejecución obligatoria para el encomendado, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante. e) El encomendante aprobará unas tarifas en base a las cuales se calculará la retribución a percibir por el encomendado. f) El encomendado deberá reconocer en sus estatutos o en sus normas de constitución, su condición de medio propio y servicio técnico determinando las entidades respecto de las cuales tiene esta condición y precisando el régimen de las encomiendas que se le pueden conferir. g) El encomendado no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de la misma.

ii) En la *Sentencia Parking Brixen GMBH* el tribunal europeo analizó si la adjudicación de la gestión de unos aparcamiento públicos de pago, constituían un contrato público de servicios o por el contrario, debía ser entendido como una concesión de servicios públicos a los que por lo tanto, deberían de aplicarse las normas generales de la competencia, y en particular, la igualdad de trato y de transparencia. Finalmente el tribunal decidió que se trataba de una concesión de servicios relativa a la gestión de un servicio público local (en el contrato en cuestión las retribuciones del prestados de los servicios, no procedía de una autoridad pública sino de una serie de cantidades abonadas por terceros para el uso de una zona de aparcamiento. Aquella modalidad de retribución implicaba que el prestador asumiera el riesgo de la explotación de los servicios, característica esta de la concesión de servicios públicos<sup>103</sup>, se estudió

---

<sup>103</sup> En este sentido, el art. 1, apartado 4 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras,



por el tribunal si la adjudicación de la misma sin la oportuna licitación pública previa, era o no compatible con el Derecho comunitario, en particular con los principios de libre prestación de servicios, libre competencia y la prohibición de discriminación y las consecuentes obligaciones de igualdad de trato y de transparencia, así como con el principio de proporcionalidad, en el supuesto de que recayese en una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de un municipio, dándose la circunstancia de que este era el caso, ya que el capital social de dicha sociedad anónima pertenecía en su totalidad al municipio en el momento de la adjudicación. Pues bien, según el máximo intérprete del Derecho comunitario proclama la prohibición de todo tipo de discriminación por razón de nacionalidad. Entre las disposiciones del Trabajo aplicables más concretamente a las concesiones de servicios públicos cabe destacar el art. 43 CE que nuevamente prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, y en el art. 49 CE en el que se hace mención a la prohibición de restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembro establecidos en un país de la Comunidad que no sea destinatario el del destinatario de la prestación. Según la jurisprudencia del tribunal de Justicia, los Arts. 43 CE y 49 CE, constituyen una expresión particular del principio de igualdad de trato<sup>104</sup>. La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad constituye igualmente una expresión específica del principio general de igualdad de trato<sup>105</sup>. En la jurisprudencia relativa a las Directivas comunitarias en materia de contratación

---

de suministro y de servicios (que no resultaba de aplicación cuando se produjeron los hechos del caso de autos), establece que la “concesión de servicios” es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consistiera en el derecho a explotar el servicio, o bien que dicho derecho fuere acompañado de un precio.

<sup>104</sup> Vid. la Sentencia de 5 de diciembre de 1989, *Comisión/Italia*, C-3/1988, Rec. p. 4035, apartado 8.

<sup>105</sup> Vid. Sentencia de 8 de octubre, *Überschär*, 810/1979, Rec. p. 2747, apartado 16.

pública, el tribunal de Justicia precisó que el principio de igualdad de trato de todos los licitadores tiene por objeto que todos ellos dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de su oferta, con independencia de su nacionalidad<sup>106</sup>.

iii) Sobre este tema, también es interesante tener en cuenta la sentencia de 9 de marzo de 2006<sup>107</sup>, en la que el tribunal concluyó que existió infracción del Reglamento comunitario 3577/92 en relación con la libre prestación de servicios de transporte marítimo en la ría de Vigo, entre otras razones, por mantener en vigor una normativa que permitía conceder los servicios de transporte marítimo de pasajeros en la ría de Vigo a un único operador durante un período de veinte años y que incluía como criterio de adjudicación de dicha concesión la experiencia de transporte en la citada ría. También la sentencia de 3 de abril de 2008,36 por inadecuada transposición de la Directiva 89/665/CEE, de recursos, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. Con respecto a contratos mixtos, el tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 21 de febrero de 2008, que mantiene que en los contratos mixtos habrá que atender al objeto principal para determinar las normas aplicables, siendo la cuantía solo uno de los distintos criterios a tener en cuenta.

### 3. *Formalización del contrato.*

La formalización del contrato tendrá lugar según el art. 53 del Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas (TRLCAP) cuando se realice la adjudicación por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o

---

<sup>106</sup> En este sentido, *Vid.* la Sentencia de 25 de abril de 1996, *Comisión/Bélgica*, C-87/1994, Rec. p. 1-2043, apartado 33 y 54.

<sup>107</sup> *Comisión/España*, C-323/03 Rec. 2006, p. I-2161.

la forma de adjudicación utilizada. Asimismo cabe señalar que no se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa formalización, excepto en los casos previstos de tramitación urgente y de emergencia (art. 54 TRLCAP). La Administración no podrá contratar verbalmente, y la única excepción a esta regla es que el contrato tenga carácter de emergencia (art. 55 TRLCAP).

#### *4. Órganos de control: El Tribunal de Cuentas*

Los legisladores, en un intento por controlar el poder Ejecutivo, redactaron una serie de normas para intentar evaluar si sus actuaciones se adecuan a los principios de economía, eficiencia y eficacia en la actividad pública<sup>108</sup>

Para realizar esta función de control<sup>109</sup> del sometimiento al principio de legalidad, se han creado unos órganos de control internos y externos.

Son órganos de control internos, aquellos que son dependientes directamente del Ejecutivo<sup>110</sup>, es decir, cuando es la propia Administración Pública la que investiga y comprueba si esta ha actuado sometida a los principios ya enumerados por el artículo Constitucional<sup>111</sup>. Por lo tanto realizan un control a la Administración Pública que se encuentran dentro de la propia órbita del Poder Ejecu-

---

<sup>108</sup> E. Fabado i Alfonso, *Auditoría de economía, eficiencia y eficacia en el Sector Público: principios, normas, límites y condiciones para su realización: aplicación práctica*, Navarra, ed. Cámara de Comptos de Navarra, 1989, p.15.

<sup>109</sup> El art. 103.2 de la Constitución Española exige a la Administración Pública a servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

<sup>110</sup> U. Nieto de Alba. "Control del sector público: perspectivas de futuro". *Revista Española de Control Externo (RECE)* vol.1, nº 1, 1999, p. 15.

<sup>111</sup> F. Fabre y C. Albiñana. *El control de la Hacienda pública*, Madrid, Rialp, 1971, p. 200; M. Roel Hernández, "El control financiero de las Administraciones Públicas", *Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo* No. 13-14, 1998, pp. 58-64.

tivo, como es el caso de la Intervención General de la Administración del Estado IGAE y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa JCCA.

Son órganos de control externo aquellos que son ajenos a la propia Administración Pública, cabe distinguir entre ellos atendiendo a la naturaleza del órgano que realiza la actividad de fiscalización entre órganos de carácter técnico: el tribunal de Cuentas y los órganos de fiscalización externa de las Comunidades Autónomas; órganos de carácter político: el Parlamento y Asambleas Legislativas<sup>112</sup>.

Podemos distinguir por el momento en que el órgano realiza su control, entre control preventivo, concomitante y a posteriori. Respecto a primero de ellos, el control preventivo, es aquel que actúa sobre un proyecto de decisión de la Administración y por lo tanto es analizado previamente a que dicho esta se convierta en una resolución definitiva, como sería el control que corresponde a los Interventores de Hacienda sobre los compromisos de gastos y pagos que se efectúan en ejecución de los presupuestos. También se realiza control preventivo cuando se someten a validez determinados actos a la aprobación previa de otro órgano o ente<sup>113</sup>. El control concomitante se referiría a que el control se realizaría una vez realizado o consumado el acto administrativo, quedarían dentro de esta esfera de control aquellos actos realizados dentro de la propia actividad financiera del Estado como sería ingresos, gastos, recepción de obras públicas e inversiones reales<sup>114</sup>. Finalmente se entenderían por actos de control a posteriori, a aquellos que tienen por objeto realizar una evaluación de los resultados de los actos que han ejecutado y ya han concluido por parte de la Administración. En este tipo de control se pretende averiguar si los programas y directrices

---

<sup>112</sup> Y. Gómez Sánchez. *El tribunal de Cuentas: el control económico - financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, ed. Marcial Pons, 2001, p.20

<sup>113</sup> R. Parada. *Derecho Administrativo II: organización y empleo público* (11ª ed.), Madrid, ed. Marcial Pons, 1997, p. 64.

<sup>114</sup> F. Fabre y C. Albiñana. *El control de la Hacienda Pública...*, op. cit., p. 205.

previstas para determinado acto administrativo se ha realizado sin irregularidad o ilegalidad alguna<sup>115</sup>.

También podemos distinguir atendiendo a los fines perseguidos entre: control de legalidad, control de eficacia, eficiencia y economía y control de auditoría. El control de legalidad tiene como función el comprobar, constatar o verificar que los actos Administrativos cumplen las todas las disposiciones vigentes<sup>116</sup>. “En el control de eficacia se trata de comprobar si los objetivos de la entidad fiscalizada se han alcanzado. En el control de eficiencia se comprueba si los medios se han utilizado del modo adecuado o, dicho con otras palabras, si resulta satisfactoria la relación existente entre los bienes y servicios producidos y los recursos empleados para conseguirlos. En el control de economía se pretende verificar si los medios elegidos son los menos onerosos para alcanzar el objetivo”<sup>117</sup>.

Por otro lado, el control de auditoría es una técnica que proviene de la contabilidad empresarial realizada por una empresa o entidad con la autoridad de comprobar que los Estados Financieros de las Administraciones se ajustan a los resultados contables mostrados por las mismas<sup>118</sup>. No obstante lo anterior, cabe matizar que la auditoría hoy en día no es únicamente la comprobación de la certeza de un estado financiero sino que esta gestión da un paso más y también debe dar un juicio o informe sobre si la gestión y resultados financieros están en conexión y armonía con la gestión que de-

<sup>115</sup> F. Sosa Wagner. *Organización y control del sector empresarial público en España*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos (IEA), 1971 pp.11

<sup>116</sup> R. Bielsa. *Compendio de Derecho Público III*, Buenos Aires, La Ley, 1952, p. 218. R. Parada *Derecho Administrativo II: organización y empleo público...*, op. cit., p. 63; J.A. García Trevijano Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1997, p. 250; M. Roel Hernández, “El control financiero de las Administraciones Públicas”..., loc. cit., p. 59.

<sup>117</sup> A. Fernández Díaz. “¿Puede hablarse de una economía del control?”, *RECE*, vol. 1, nº 1, 1999, pp. 44 y 45.

<sup>118</sup> C. Palao Taboada, *Derecho Financiero y Tributario I. Introducción, Derecho Presupuestario, Ingresos Públicos no Tributarios*, Madrid, ed. Colex 1985, p. 127.

bía realizarse<sup>119</sup>. Y por último, aclarar que todos estos tipos de controles, no son compartimentos estancos, sino que, por el contrario, constituyen una serie de criterios y técnicas que pueden operar conjuntamente<sup>120</sup>.

El tribunal de Cuentas. Órgano de control y represión de actos de corrupción realizados por la Administración a través de los Contratos Públicos.

El tribunal de Cuentas es un órgano Constitucional del Estado cuya principales funciones son la de controlar el destino que las Administraciones Públicas da a sus fondos, conocer el grado de eficiencia se les ha dado a los mismos, así como verificar la actuación contractual de la Administración<sup>121</sup>.

Nuestro Ordenamiento Jurídico dispone que este tribunal es “el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público” (art. 136.1.CE). Atendiendo a las clasificaciones enumeradas anteriormente, diremos que su labor reviste un control externo y a posteriori. Su función es la de controlar si el procedimiento de licitación o concurso realizado por la Administración es el adecuado y si la selección realizada por el órgano administrativo competente ha sido la más ventajosa para el interés general, respetando, en todo momento, la normativa comunitaria y nacional vigente sobre esa materia<sup>122</sup>. Así pues debemos entender que el tribunal de Cuentas realiza un control técnico, totalmente independiente de la Administración cuya función es la de proporcionar una valoración exhaustiva de una

---

<sup>119</sup> M. Pons Mestre. “Auditoría, en Control del Sector Público”, *Instituto de Estudios Fiscales* (IEF), Madrid, 1981, pp. 812 - 813.

<sup>120</sup> C. Palao Taboada. *Derecho Financiero y Tributario...* op cit. p. 135.

<sup>121</sup> F. Termes Ángles. *La auditoría de performance en el sector público. Control de eficacia, eficiencia y economía*, Madrid, ed. Instituto de Defensores Jurados de Cuentas de España, 1991, p. 13.

<sup>122</sup> C.J. Entrena Palomero. “La función fiscalizadora del tribunal de Cuentas sobre los contratos del Estado y Organismos Autónomos. El tribunal de Cuentas en España”, *Instituto de Estudios Fiscales* (IEF), vol. I, Madrid, 1982, pp. 471 y 472.

gestión ya llevada a cabo por el Ejecutivo<sup>123</sup>. Es importante destacar que todos los resultados o conclusiones obtenidas de esta labor de fiscalización por parte del tribunal, serán remitidos a las Cortes Generales, convirtiéndose dichos informes en un instrumento legal técnico en manos del control político que el Legislativo tiene atribuido sobre el Ejecutivo<sup>124</sup>. El propio art. 2 de la Ley Orgánica del tribunal de Cuentas (LOTcu) nos explica que sus funciones son, por un lado, la de fiscalización externa permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público, y de otro lado el de enjuiciamiento de toda aquella responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. A tendiendo a la letra de la primera de las funciones, cabe aclarar, que existen dos tipos de funciones, una fiscalización genérica respecto de la gestión económica del sector público y otra de fiscalización específica sobre determinadas materias que debido a su complejidad y naturaleza requieren un tipo de control particular, como es el caso de las contrataciones llevadas a cabo por la Administración Pública. Dentro de la fiscalización de la gestión económica, debe entenderse, que el ámbito de aplicación incluye necesariamente la revisión de los principales actos administrativos entre los que se encuentran especialmente el de los contratos<sup>125</sup>.

Como hemos visto, nuestro Estado se encuentra fiscalizado de manera externa y permanente por el tribunal de Cuentas, sin embargo, no debemos olvidar que nuestro Estado además de ser un Estado soberano, también es un Estado miembro de la Unión Europea, y dicha organización como tal también dispone de un órgano fiscalizador y es el tribunal de Cuentas Europeo cuya función es la de auditar las finanzas de la UE y su objetivo el de mejorar la gestión financiera de la propia Unión, así como informar sobre el uso

---

<sup>123</sup> M. García Crespo. “El control de la gestión público por el tribunal de Cuentas”, *RECE*, vol. I, nº 3, 1999, p.22.

<sup>124</sup> U. Nieto de Alba. “Control del sector público”, *loc. cit.*, p. 22

<sup>125</sup> R. Rivero Ortega. *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 298.

que se ha dado a los fondos públicos. Esta institución se creó en 1975 y tiene su sede en Luxemburgo.

*5. Abuso de información privilegiada por las autoridades y funcionarios públicos. Los Eurodelitos de manipulaciones bursátiles y abuso de información privilegiada en el mercado de valores*

La comunidad internacional ha venido considerando que existen distintos tipos de corrupción y para poder luchar contra ella es necesario que cada Estado se fuera comprometiendo a incluir dentro de su legislación la tipificación de estas modalidades. Entre los tipos de corrupción, cabe destacar de un lado, el de abuso de información privilegiada por las autoridades y funcionarios públicos extranjeros; y por otro, dentro del mercado de valores ha sido tipificado como eurodelito el de manipulaciones bursátiles y el abuso de información privilegiada en este sector.

Varios han sido los Convenios internacionales que han analizado y estudiado este tipo de conducta ilegal, entre ellos la propia Convención Interamericana Contra la Corrupción por la que todos los Estados parte signatarios quedan obligados a la tipificación como actos de corrupción el aprovechamiento indebido por parte de un funcionario de información reservada o privilegiada. Dentro de la Comunidad Económica Europea debemos destacar dos directivas, por un lado, la Directiva 89/592/CEE del Consejo, sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada; y por otro, la Directiva 2003/6/CE sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado)<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup> Modificada por la Directiva 2008/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo



### **III. De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.**

La corrupción es un fenómeno que se ha venido ampliamente difundiendo en las transacciones comerciales internacionales, como hemos comprobado en el apartado anterior, también se ha introducido en el comercio y la inversión, socavando el buen gobierno y el desarrollo económico, llegando a distorsionar en algunos casos las condiciones económicas competitivas del mercado internacional

Durante las últimas décadas se han originado una serie de escándalos políticos y comerciales que han hecho posible que se produzca una mayor compresión internacional en la necesidad de la lucha de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en este sentido, se han realizado una serie de actuaciones por parte de las Naciones Unidas, del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional, de la Organización Mundial del Comercio, de la Organización de Estados americanos, del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Asimismo en el sector privado también se han promovido esfuerzos de lucha contra la corrupción por parte de las sociedades mercantiles, organizaciones comerciales, sindicatos y otras organizaciones no gubernamentales.

#### *1. Los sujetos activos y pasivos*

##### **A) Responsabilidad de las personas jurídicas**

Nuestro Ordenamiento Jurídico, como consecuencia de la firma y posterior ratificación (mediante instrumento depositado 4 de enero de 2000) del Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (OCDE)<sup>127</sup>, tuvo que implementar las obligaciones

---

<sup>127</sup> BOE, 22-II-2002.

contraídas con dicho Convenio y por ello se promulgó la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Por la que consecuentemente, tuvo que añadirse el art. 445 bis en el que se castiga con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos, al que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieren a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”

Junto con este Convenio de la OCDE, España también ratificó el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las comunidades europeas o de los Estados miembros de la unión europea<sup>128</sup>.

Nuestro Código penal tradicionalmente ha distinguido dos tipos de sujeto de corrupción, la activa y la pasiva. Siendo activa cuando quien comete el delito es el que intenta corromper mediante ofrecimientos o dádivas al funcionario, mientras que pasiva el supuesto en el que el funcionario público fuese quien solicitase o aceptase una promesa o dádiva para realizar el acto relativo a su cargo. Dentro de la corrupción pasiva, el Código español prevee dos modalidades, la propia o impropia, dependiendo del carácter justo o injusto del acto objeto del delito. Sería propia, aquellos supuestos en el que lo que se persigue es la realización de un acto injusto, sea el mismo delictivo o no<sup>129</sup>. Nuestro Ordenamiento

---

<sup>128</sup> DO C 195 de 25.6.1997 (Documento 497Ao625 (01). Ratificado por España el 30 de noviembre de 1999.

<sup>129</sup> J.L. de la Cuesta Arzamendi e I. Blanco Cordero, “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales”, *Revista de ciencias penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 9-29; M.J. Rodríguez Puerta. *El delito*

Jurídico, tan sólo castiga de manera expresa la corrupción activa, sin hacer lo mismo con la pasiva. Por lo que en principio no se prevee el castigo para la conducta del funcionario público o miembro de una organización internacional que solicitase o aceptase una promesa o dádiva para realizar el acto relativo a su cargo o abstenerse de actuar y de ese modo conceder o prorrogar un contrato o beneficio irregular en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales<sup>130</sup>.

En conclusión, nuestro Código castiga la corrupción activa alude a la conducta de quien por sí o mediante persona interpuesta, corrompe o intenta corromper al funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, con la finalidad de que actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

Aunque el legislador incorporó prácticamente la letra del texto del Convenio de la OCDE, también realizó una serie de modificaciones con el fin de una mejor adaptación de su redacción con los delitos de cohecho ya tipificados por el CP<sup>131</sup>. Por ello, los elementos propios de la normativa española relativa al cohecho activo (básicamente el art. 423CP), que coinciden son el sujeto activo “los que”, en cuanto al objeto del delito, “dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas” y el tipo doloso de la conducta; También fueron añadidos elementos que por lo general son típicos en el cohe-

---

*de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Aranzadi, 2007, pp. 153 ss, que prefiere las denominaciones “cohecho desde la perspectiva del funcionario” y “cohecho desde la perspectiva del particular, o bien “cohecho para el receptor de la ventaja” y “cohecho para el dador”, conforme a las denominaciones existentes en Alemania.

<sup>130</sup> Cf. Si contempla la posibilidad de castigar este tipo de conducta como inducción al delito, Apartado III.

<sup>131</sup> A.I. Cerezo Domínguez, “La adaptación del sistema jurídico-penal español a internacionales sobre corrupción administrativa”, *Actualidad Penal*, nº 21, 2001, pp. 453-457.

cho pasivo, como es el hecho de cometer el delito directamente o mediante intermediarios, así como, la obtención de un beneficio propio o para un tercero. Finalmente recoge algunos de los elementos contenidos en el propio art. 1.1 del Convenio OCDE, tales como “con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas”, “para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular”<sup>132</sup> y “en la realización de actividades económicas internacionales”<sup>133</sup>.

Volviendo al sujeto activo del delito, sobre los que nuestro Código define como “los que” se debe entender que se refiere a cualquier persona que corrompa a un funcionario público extranjero, cualquier persona física o jurídica, ya que debemos recordar que los sobornos realizados por una persona física, generalmente, se realizan con el fin de obtener la adjudicación de un contrato público para una empresa extranjera que aspire a lograr una posición dominante respecto de la competencia. Esto se desprende del art. 2 del Convenio OCDE en el que se dice que Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero, aclarándose en los Comentarios realizados al Convenio por sus redactores, que en el caso de que, según el Ordenamiento Jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, no se exigirá de esa Parte que establezca dicha responsabilidad penal, lo que no excluye sanciones de otra naturaleza, esto es, civiles o administrativas. Como por ejemplo, la exclusión al derecho a percibir por las empresas corruptas de los beneficios o ayudas públicas, así como la posible inhabilitación de carácter temporal o permanente para participar en la contratación pública o en la práctica de otras actividades comerciales, la sumisión a supervisión judicial,

---

<sup>132</sup> En los Comentarios al Convenio de la OCDE se alude a que la expresión “u otro beneficio irregular” se refiere a algo a lo que el sujeto activo en cuestión no tiene derecho claramente, por ejemplo, una licencia de explotación para una fábrica que no cumpla los requisitos legales.

<sup>133</sup> Cf A. I. Cerezo Domínguez, “La adaptación del sistema jurídico-penal español a internacionales sobre corrupción administrativa...”, *loc. cit.*, p. 461.

y a una orden judicial de disolución. Por lo que, las persona jurídicas no serán castigadas en la misma medida que las personas físicas. No podemos olvidar que en este mismo sentido la LO 15/2003, de 25 de noviembre, señaló en su apartado 2 del art. 31 CP pretendiendo abordar el problema señalando que si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó. Creando cierta confusión, por parecer que lo que pretende es establecer una responsabilidad civil, directa y solidaria de la persona jurídica al pago de la multa que se le hubiere impuesto mediante sentencia a la persona física que actuó por cuenta y en nombre de la empresa<sup>134</sup>. Suscitando al mismo tiempo la constitucionalidad de dicho precepto<sup>135</sup> por la presunta vulneración de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas. La última modificación que ha sufrido este artículo ha sido, realizada por la LO 5/2010 de 22 junio<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> J.L. de la Cuesta Arzamendi, I. Blanco Cordero, “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales”, *loc. cit.*, p. 15

<sup>135</sup> Cfr. las palabras del Sr. Arqueros Orozco, del Grupo Parlamentario Popular. Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. VI Legislatura. Año 1999. Núm. 277. Sesión Plenaria núm. 267 celebrada el jueves, 25 de noviembre de 1999. p. 14966.

<sup>136</sup> Se modifica el artículo 445, que tendrá la siguiente redacción: «1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia

## B) Beneficio de un funcionario público o un tercero

La pretensión tanto del Convenio como del CP, es la de dar cabida a aquellos supuestos en las que las dádivas, presentes, ofrecimientos y promesas sean destinadas en beneficio del funcionario o de un tercero por él elegido. De este modo, aunque dicho beneficio no repercuta directamente en el funcionario, él será responsable del abuso por él cometido con la intención de beneficiar a otra persona, ya sea pariente, conocido o partido político al que pertenezca el funcionario corrompido.

## C) Objeto del acuerdo

El objeto del acuerdo realizado por los sujetos del delito reside en las “dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, como nos ha quedado reflejado en las distintas normativas analizada, por lo tanto, el objeto reside en prestaciones a priori, evaluables económica-

---

pública por un periodo de siete a doce años. Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

3. A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero: a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública. c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.

mente<sup>137</sup>. De hecho, es lógico que la doctrina exija que el acuerdo sea cuantificable ya que la pena de multa se fija en función del valor de la dádiva<sup>138</sup>. Si atendemos a la letra del Convenio OCDE, abarca, “cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase”. Es evidente que el Convenio considera que el objeto puede tener carácter pecuniario o de otra clase<sup>139</sup>.

La mayoría de la doctrina se inclina hacia esa cuantificación, y entiende que la naturaleza del beneficio, a diferencia de los delitos de cohecho, no deben tener un carácter material, ni mucho menos consistir en una suma de dinero en efectivo<sup>140</sup>. A lo anterior, debemos tener en cuenta las Recomendaciones realizadas por el Convenio OCDE, en las que se nos hizo advirtió claramente que la norma penal española debía incluir como beneficios tanto los pecuniarios como los de cualquier otra naturaleza (sexuales, promesas de condecoraciones...) <sup>141</sup>. De hecho, nuestro CP, estableció en su redacción que el beneficio podía ser “pecuniario o de otra clase”.

También debemos mencionar, que en los Comentarios al Convenio, quedó de manifiesto que “constituye también delito, independientemente de, entre otras cosas, el valor del beneficio, sus resultados, la percepción de estos hechos a la luz de las costumbres lo-

---

<sup>137</sup> F. Morales Prats y M.J. Rodríguez Puerta. “*Del tráfico de influencias*”, *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Pamplona, Aranzadi, 2008, p. 1641; I. Valeije Álvarez I. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario; el delito de cohecho*. Madrid, ed. Edersa, 1996, p. 149.

<sup>138</sup> F. Muñoz Conde *Derecho penal...*, op. cit., p. 989; M. Díaz y García Conlledo “Cohecho”, en *Enciclopedia penal básica*, Dir. D. M. Luzón Peña, Granada, Gomares, 2002, p. 257.

<sup>139</sup> E.A. Fabián Caparrós, *La corrupción de agente público extranjero e internacional...*, op. cit., p. 95

<sup>140</sup> J.L. de la Cuesta Arzamendi, I. Blanco Cordero, “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales”, *Revista de ciencias penales*, 2001-2002, vol. 4, pp. 9-29

<sup>141</sup> R. Alcalá Pérez-Flores. “La Corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones internacionales. La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, Suplemento al N° 2015, 15 de junio de 2006, pp. 212-213.

cales, la tolerancia de dichos pagos por las autoridades locales, o la supuesta necesidad del pago con el fin de obtener o conservar contratos u otros beneficios irregulares”. Resultando por lo tanto, indiferente el valor del beneficio. Según la doctrina mayoritaria, el criterio que debe ser aplicado en cada caso, no es cuantitativo, social o normativo, sino de imputación objetiva, sino que la contraprestación ilícita debe tener la capacidad objetiva de corromper<sup>142</sup>.

Llama la atención, entre las Recomendaciones realizadas por el Convenio OCDE la de fijar la pena de multa en estrecha relación de lo ofrecido al funcionario, por lo que el resultado, dependerá de la mayor o menor facilidad de corromper a la autoridad o funcionario público<sup>143</sup>. En nuestro CP en el art. 424 se establece la pena de “prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses”, exceptuando aquellos casos en los que los beneficios obtenidos superasen a la cantidad resultante, en cuyos casos, se impondría una multa del tanto al duplo del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas se impondrá al responsable la prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de siete a doce años”. Añadiéndose que esas penas “se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad”. Y si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar

---

<sup>142</sup> Cf. A. Nieto Martín. “La corrupción en el comercio internacional” *Revista Penal*, 2003, 12, p. 81; M. Díaz Y García Conlledo. “Cohecho”, *loc. cit.*, p. 257; I. Olaizola Nogales. “Delitos de corrupción, Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en *Enciclopedia penal básica*, Granada, 2002, p. 479.

<sup>143</sup> R. Alcalá Pérez-Flores. “La Corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones internacionales”... *loc. cit.*, p. 216.



de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de tres a siete años.

## *2. Aspecto comercial del soborno*

### *A) Diferencias entre este tipo de corrupción y el cohecho*

Utilizando idéntica formulación que el art. 1.1 del Convenio, nuestro art. 445 bis, únicamente prevé el castigo del soborno transnacional cuando éste se realice para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular.

“...con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales...”

A diferencia de otros tipos de corrupción penados en otros artículos de nuestro Código penal, en los que se promete el soborno con la intención de que los funcionarios actúen o dejen de actuar en el ejercicio de sus funciones o cargos, en este tipo de corrupción nos encontramos con un elemento distinto al dolo, susceptible de ser valorado desde la perspectiva de los elementos subjetivos del injusto<sup>144</sup>. Consecuentemente con lo anterior, comprobamos lo que para el cohecho activo común no sería más que el móvil del delito, en este supuesto se exige un motivo o finalidad concretos el de “actividades económicas internacionales”. La incorporación de esta frase, condiciona y limita considerablemente el delito porque no se trata sólo de corromper al funcionario público, sino que tiene que ser en un contexto muy definido el del comercio internacional. Por lo que cualquier tipo de corrupción que no se circunscriba a esta esfera económica, la del comercio internacional, quedaría fuera de la tutela de este artículo. Se trata de dos elementos subjetivos del

---

<sup>144</sup> E. A. Fabián Caparrós. *La corrupción de agente público extranjero e internacional...*, op. cit., p. 112.

injusto, adicionales al dolo, que han de concurrir en el sujeto activo. Por un lado, el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas y por otro, para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. Este segundo requisito, sin el cual, no estaríamos hablando de este tipo de delito, la acción es típica únicamente cuando se lleva a cabo en el marco de transacciones económicas internacionales, tal y como hemos venido diciendo, y esto es, en aquellas en las que se encuentran involucrados más de un Estado. Existe esta internacionalidad, evidentemente, cuando una empresa de un país hace un pago a un funcionario de un país extranjero para obtener o conservar un contrato en dicho país. Para que se aplicase este artículo 445 bis del CP, debería de tratarse de una empresa española que realizase un pago a un funcionario público de un país extranjero. El primer objetivo de los legisladores, tanto del Convenio internacional como del artículo del CP, fue el que hacer cumplir a los funcionarios con sus obligaciones enfocadas en el comercio internacional<sup>145</sup>. En cuanto al segundo objetivo del legislador, se trataba de una finalidad económica, vinculando el delito a la tutela de las condiciones de libre competencia en el ámbito internacional, al mismo tiempo, que pretende establecer una clara distancia con respecto de los delitos de la Administración Pública. Por ello, cabe resaltar, que para que este tipo de corrupción pueda subsumirse en el art. 445 bis, no es necesario que la Administración Pública a la que está adscrito el funcionario, sea contraparte en la transacción comercial, o que conceda el beneficio pretendido, basta con que el funcionario en el ejercicio de sus funciones, adopte bajo soborno una determinada decisión que fuere determinante para que el particular obtenga el negocio internacional pretendido con el Estado o con una Organización Internacional o cualquier otro sujeto de naturaleza pública o privada.

---

<sup>145</sup> Sin menoscabo de la responsabilidad administrativa o disciplinaria que, conforme a su Derecho interno, pueda aplicarse al funcionario corrupto. A. I. Cerezo Domínguez. “La adaptación del sistema jurídico penal español e internacionales sobre corrupción administrativa”, *loc. cit.*, pp. 461 y 469-470.

## B) Exención del art. 426 CP

El penúltimo artículo del Capítulo V del Título XIX propicia una exención a la responsabilidad penal al particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

La Circular 2/96 de la Fiscalía General del Estado modificó el anterior artículo y entendió que este precepto era aplicable, concurriendo los requisitos establecidos, a hechos anteriores a la entrada en vigor del nuevo Código Penal si la denuncia se efectuó dentro de los diez días siguientes.

Los requisitos adoptados fueron los siguientes: a) que hubiera existido la solicitud de estas dádivas, b) que se hubiera realizado de manera ocasional, no habiendo podido existir un trato continuado; por otra parte la iniciativa no ha de partir del particular; y por último la denuncia ha de cursarse en un plazo máximo de 10 días desde que el funcionario solicite la dádiva. Finalmente, debe indicarse que el artículo 427 contempla una causa de levantamiento de pena *ex post factum* relativa a un hecho típico, antijurídico y culpable

El objetivo de esta norma es depurar las responsabilidades de los servidores públicos, ofreciendo plena impunidad, bajo determinados requisitos, a todas las personas que han hubieran cedido a un soborno, finalmente decidieran colaborar con la Justicia.

Este artículo fue ampliamente debatido durante el trámite parlamentario de la LO 3/2000. El Grupo Vasco en el Congreso consideró oportuno realizar una enmienda destinada a ampliar los límites del art. 426, para que en este supuesto la exención no cubriera únicamente a los particulares a los que se les ha solicitado una dádiva sino también a los agentes públicos extranjeros o de organismos

internacionales<sup>146</sup>. Sin embargo, el Grupo Popular, apuntó la imposibilidad de extender dicha exención a los funcionarios ya que dicha excusa absolutoria, sólo habría tenido sentido si “la autoridad que debía actuar ante la denuncia del particular era la misma para el funcionario que para el particular”, circunstancia ésta que nunca se daría en los casos de corrupción internacional, puesto que es obvio que los tribunales españoles no son competentes para sancionar a funcionarios no nacionales en el ejercicio de sus funciones por razón de su cargo que incumplieran las obligaciones asumidas con sujeción a la Administración Pública de la que dependen<sup>147</sup>.

### C) Tentativa del delito

En cuanto a la tentativa del delito, el art. 1.2 del Convenio OCDE, exige a todos sus Estados Parte, que adopten las medidas necesarias para tipificar las formas de participación, como complicidad,

---

<sup>146</sup> La enmienda pretendida por el Grupo Vasco, habría logrado que el artículo hubiese quedado redactado del siguiente modo: “Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público, funcionarios públicos, extranjeros o de organismos internacionales en el ejercicio de su cargo, y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos” BOCG, Congreso de los Diputados, de 7 de marzo de 2000, VI Legislatura, Serie A, nº 158, pp. 5-6.

<sup>147</sup> *BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Diario de Sesiones (Comisiones)* nº 802, pp. 23932-23933. El portavoz del Grupo Popular expresó que “desde el punto de vista estrictamente teórico, dejaría el Convenio vacío de contenido, dada la finalidad que persigue de defensa de la competencia en un libre mercado, pues bastaría para ello que el particular de un estado firmante que ha accedido a la solicitud del funcionario extranjero de un Estado no firmante del Convenio y que bien pudiera no perseguir a su funcionario por obtener un contrato, denunciara ante las autoridades españolas en el plazo anteriormente señalado, al funcionario extranjero para quedar exento de pena Reiterando los mismos argumentos que en la Comisión de Justicia e interior, *BOGCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Diario de Sesiones (Pleno y Diputación Permanente)*, nº 227, p. 14966.

incluidas la incitación el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción, asimismo, la confabulación para corromper y la tentativa, en los comentarios al Convenio se especificó que si alguno de los actos previstos por éste no fuesen punibles en la legislación interna de un país miembro, no se exigiría su tipificación.

El art. 16 del CP penaliza la tentativa con carácter general, pero en el caso que nos ocupa, debemos atender a la letra del 445bis, que castiga de manera expresa la modalidad del intento de corrupción activa, en el caso de “los que intentaren corromper”.

Se equipara de este modo, a los efectos de la pena, la tentativa con la consumación del delito, es decir, una vez lanzada la oferta por parte del sujeto activo, que pretende corromper al funcionario, su posterior y voluntario desistimiento, carecerá de relevancia si la oferta es aceptada o rechazada por el funcionario<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> J.L. de la Cuesta Arzamendi, I. Blanco Cordero, “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales”, *loc. cit.*, pp. 34

## **PARTE SEGUNDA**

### **EL ÁRBITRO ANTE LOS LITIGIOS DE CORRUPCIÓN**



## **CAPÍTULO III**

### **LOS ACTORES EN LOS LITIGIOS CON INDICIOS DE CORRUPCIÓN**

#### **I. La toma de decisiones arbitrales**

##### *1. Introducción*

La corrupción es una práctica que también ha afectado a las transacciones comerciales y al arbitraje internacional, por lo que, consecuentemente los distintos Estados ha unido sus esfuerzos para erradicar estas conductas. En los años 70 las autoridades estadounidenses fueron conscientes de que sus empresas nacionales obtenían contratos de inversiones en países extranjeros mediante entrega de sobornos a funcionarios públicos extranjeros, lo que les llevó a la promulgación de la Ley de Prácticas de Corrupción en el Extranjero de 1977 (*Foreign Corrupt Practices Act*), tras este intento de frenar la corrupción muchas otras leyes fueron promulgadas y muchas Convenciones fueron firmadas a nivel regional o transnacional, desde Convención OCDE de 1997 sobre la Lucha contra el Soborno de los funcionarios Públicos Extranjeros hasta la Convención de la Liga de los Estados Árabes de la lucha contra la corrupción de 2010. En esta misma línea de lucha contra la corrupción, instituciones arbitrales redactaron códigos de buena conducta que les sirviera de base para combatir el soborno, como las Regias de Conducta de la CCI: Extorsión y Soborno en las transacciones comerciales transnacionales (*ICC Rules of Conduct: Extortion and Bribery in International Business Transactions*) de 1999.



Los tribunales jurisdiccionales de la sede del arbitraje y del lugar de ejecución deber ser también conscientes de que cuando una de las partes realiza una alegación de corrupción, esta debe ser tenida en cuenta a la hora de emitir un laudo y su posterior resolución.

## *2. Laudo CCI n° 1110*

Mucho ha cambiado la postura de un tribunal ante la mera sospecha de corrupción. El primer caso más significativo fue en los años 60 en los que el Juez Lagergren, en el caso CCI No. 1110, de 1963, debía decidir sobre un arbitraje en el que se reclamaba una cantidad en concepto de comisiones por parte de un agente de nacionalidad argentina que había mediado en la adjudicación de unos contratos de obra pública obtenidos por una empresa inglesa en el régimen de Perón en Argentina. Durante el procedimiento arbitral ambas partes admitieron que se había sobornado a funcionarios del Gobierno para poder conseguir la licitación y que estas prácticas en aquel país eran muy habituales. Las partes confirmaron que el contrato era válido y vinculante por lo que solicitaron al juez que únicamente tuviera en cuenta el Acta de Misión.

El Juez Lagergren fue el primero en declinar su competencia, tras considerar que el contrato celebrado entre ambas partes era contrario al orden público internacional ya que el único objeto del mismo era el pago de sobornos y tráfico de influencias dentro de la Administración de Argentina. Sumariamente, podemos decir que este caso fue sobre un contrato suscrito en el año 1950, en virtud del cual una empresa británica de material eléctrico, había contratado los servicios de un ingeniero argentino en calidad de intermediario, para obtener un contrato de obra pública en la Argentina en la era Perón. A cambio el intermediario recibiría una comisión del 10% (pagaderos de forma fraccionada, 5%, 2,5% y el 2,5% y transferibles a terceros), sobre la cantidad total a la que ascendiera el contrato obras. Ambos se sometieron a un arbitraje ante la Cámara de Comercio Francesa (CCI) en caso de que existieran diferencias en el futuro entre las partes.

En 1956, la empresa británica obtuvo la adjudicación de un contrato de obras y se negó a pagar al intermediario por considerar que éste no había realizado “esfuerzo o actividad alguna” por conseguir dicho contrato.

Ante la falta de acuerdo, el intermediario demanda a la compañía británica ante la CCI, recayendo posteriormente este asunto ante el árbitro, el Sr. Lagergren. El Sr. Lagergren, para decidir sobre la cuestión de su propia competencia, indagó sobre la verdadera intención de las partes al suscribir el contrato, llegando a la conclusión que en realidad, tras éste se encontraba el soborno de funcionarios públicos con el fin de obtener un contrato de obras del gobierno argentino. Por lo que declinó tener jurisdicción para conocer del asunto y competencia para resolverlo, ya que se trataba de un contrato “condenado por la moral y el orden público”

El juez se refirió a la Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en virtud de la cual se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral si la autoridad competente considera ésta contraria al orden público del país. El juez consideró que el contrato también era contrario a la ley francesa, sede del arbitraje y a la ley argentina, la ley del lugar en el que debía cumplirse el contrato. Por todo ello concluyó que “existe un principio general del derecho, reconocido por las Naciones Civilizadas, y éste es, que aquellos contratos que violan gravemente la costumbre o el orden público internacional no son válidos y mucho menos inaplicables, y por lo tanto no deben ser aprobadas por los jueces o árbitros” Igualmente consideró que “las partes que se habían aliado en un contrato de esa naturaleza, habían perdido el derecho de pedir ayuda a la maquinaria de la justicia para la solución de sus controversias.

*19 "Even so, however, there are other circumstances which should be taken into account before it could be established that the action brought before me seriously affects bonos mores. I leave to accept (witness 3's) statement that during the Peron regime everyone wishing to do business in the Argentine was faced with the question of bribes, and that the practice of giving commissions to persons in a position to influence or decide upon public*

*awards of contracts seems to have been more or less accepted or at least tolerated in the Argentine at that time. On the other hand it must be remembered that we have to do here with a mere favor which could be overlooked, or even with the 'little bit of money' which (witness 1) with some understatement referred to. Huge amounts are involved....*

*20 "Although these commissions were not to be used exclusively for bribes, a very substantial part of them must have been intended for such use. Whether one is taking the point of view of good government or that of commercial ethics it is impossible to close one's eyes to the probable destination of amounts of this magnitude, and to the destructive effect thereof on the business pattern with consequent impairment of industrial progress. Such corruption is an international evil; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations.*

*21 "However, before invoking good morals and public policy as barring parties from recourse to judicial or arbitral instances in settling their disputes care must be taken to see that one party is not thereby enabled to reap the fruits of his own dishonest conduct by enriching himself at the expense of the other.*

### *3. Referencia a la práctica posterior*

#### *A) Aspectos generales*

La reclamación fue rechazada por falta de jurisdicción. Este juez fue un pionero en hacer frente a este tipo de conductas corruptas, y mucho ha cambiado la postura de los tribunales arbitrales desde entonces, poco a poco más tribunales han atendido a esos indicios de corrupción o han tomado en consideración las alegaciones de corrupción, en casos tales como *Hilmarton Ltd. c. Omnlun de Traitement et de Valorisation*<sup>149</sup>, cuyo árbitro no tuvo el menor problema en examinar las alegaciones de corrupción ante él planteadas y determinar su relevancia con arreglo a la ley suiza y ley argelina; el caso *World Duty Free c. Kenya*<sup>150</sup> (2006) uno de los más emblemáticos sobre alegaciones de corrupción realizada por el Estado recep-

---

<sup>149</sup> CCI Caso No. 5622

<sup>150</sup> Caso CIADI No. ARB/00/7

tor, *Metal-Tech c. Uzbekistán*<sup>151</sup> (2013), analizado más adelante; o más recientemente en *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*<sup>152</sup> (2014), cuyas alegaciones sobre soborno llevó al tribunal arbitral a realizar una serie de investigaciones en busca de los hechos probados o no y los fundamentos jurídicos aplicables en relación a las alegaciones de corrupción, emitiendo un laudo motivado sobre el análisis realizado.

De los casos mencionados anteriormente, el que han sido el más significativo de los laudos emitidos por un tribunal arbitral en materia de corrupción fue sin duda el caso *Metal-Tech c. Uzbekistán*.

#### B) *Metal-Tech c. Uzbekistán*

En *Metal-Tech LTD* en adelante *Metal-Tech* o “la demandante, era una empresa fabricante de metales constituida bajo las leyes del Estado de Israel, presentó solicitud de arbitraje contra el Gobierno de Uzbekistán.

Los antecedentes de hecho y procesales alegados por las partes fueron los siguientes:

Durante los años 1998 a 1999, *Metal-Tech* y el gobierno de Uzbekistán llevaron a cabo negociaciones relativas a una empresa conjunta sobre la construcción de una planta moderna de producción de productos de molibdeno. Dicha empresa se formaría entre *Metal-Tech* de un lado, y *Uzbek Refractory and Resistant Metals Integrated Plant* (“*UzKTJM*”) y *Almalik Mining Metallurgy Combine* (“*AGMK*”), de otro, dos compañías propiedad del gobierno que participaban en la industria del molibdeno. Debido a que *AGMK* producía molibdeno de baja calidad, que no llegaba a cumplir con las normas del mercado mundial y *UzKTJM* poseía insta-

---

<sup>151</sup> Caso CIADI No. ARB/10/3

<sup>152</sup> Caso CIADI No. ARB/10/19

laciones y equipos de tecnología antiquada, ambas empresas comenzaron a dar saldos negativos y a contraer deudas.

Fue este contexto el que llevó a esta empresa conjunta a formalizar un contrato con la demandante, con la intención de adecuar la tecnología de ambas empresas para tener una mejor aceptación en el mercado internacional, así como facilitar parte de la financiación necesaria para poder adquirir una nueva planta. Para conseguir estos objetivos, UzKTJM y AGMK, deberían proporcionar a la demandante, edificios, maquinaria y equipos, y lo más importante, AGMK fue la encargada de suministrar molibdeno en bruto. La demandante reclama que nunca le fue suministrado dicho molibdeno. Asimismo, en el curso de las negociaciones, la demandante preparó un estudio de factibilidad y asesoramiento en el que se mostraba los resultados a los que se podría haber llegado de realizarse la celebración de dicho contrato. En dicho estudio se detalló una inversión de 17,5 millones USD y que era posible procesar el concentrado de molibdeno de baja calidad de AGMK en óxido de molibdeno puro que podría venderse fácilmente en el mercado internacional. Dicho instrumento de análisis fue presentado en agosto de 1999 ante las autoridades de Uzbekistán y finalmente en enero de 2000 se emitió la Resolución No. 1515 y la Resolución No. 29F que autorizó la creación de la empresa conjunta Tecnología Uzmetal (en adelante Uzmetal o JV). En la primera se especificaba el proceso al que debían someterse los productos químicos hasta alcanzar el potencial necesario para realizarse la exportación. En la segunda se establecía los aspectos económicos y técnicos necesarios para la creación de Uzmetal. En enero de 2000 se firmó el contrato entre la demandante y la demandada por el que se creaba la sociedad Uzmetal en el que se establecieron todos los derechos y obligaciones de las partes. En marzo de ese mismo año, JV fue dada de alta en el Ministerio de Justicia. Posteriormente, en noviembre se firmaría un contrato por el que Uzmetal acordaba vender la totalidad de producción de molibdeno a Metal-Tech y éste se encargaría de vender dichos productos en el mercado mundial.

En marzo de 2003 Metal-Tech firmó un contrato de consultoría con la sociedad suiza International Investments and Consultants GmbH (MPC) y en 2004 firmaría otros tres contratos de consulto-

ría individuales con las siguientes personas: Víctor Mikhailov, Uygur Sultanov e Igor Chijenok (conocidos colectivamente como los “consultores”). Si bien en un principio las partes de este arbitraje estaban de acuerdo en la necesidad de realizar este tipo de contratos. Más adelante, la demandada alegó que en realidad se trataba de una “farsa” destinada a cubrir pagos ilegales que la demandante realizaba a funcionarios públicos y otras personas que estaban estrechamente vinculadas al Gobierno.

Los problemas surgen cuando en junio de 2006 la Oficina de la Fiscalía General del Estado de la región de Tashekent inició un proceso penal contra varios cargos de Uzmetal, en especial contra el entonces Director General de Uzmetal el Sr. Krespel supuestamente por haber cometido abuso de poder y actos de corrupción. En julio de 2006, se aprueba la Resolución No. 141 y como consecuencia de ésta los derechos de Uzmetal se verían afectados, perdería la exclusividad de comprar material primas y la exportación del molibdeno. El Estado de Uzbekistán instó a Uzmetal que diera por terminado el contrato y ante la negativa de ésta se inició un procedimiento ante el tribunal económico de la región de Tashkent con la intención de cancelar dicho contrato. La sentencia de dicho tribunal dictaminó que el contrato debía darse por finalizado. Posteriormente, en marzo de 2007 dicha sentencia fue confirmada ante un tribunal de apelación. Dos meses después UzKTJM inició una serie de procedimientos contra Uzmetal ante el tribunal de Comercio de la región de Tashkent solicitando la cuota de dividendos correspondiente al ejercicio de 2006. Dicho tribunal otorgó las medidas solicitadas por UzKTJ y ordenó a Uzmetal que distribuyese los dividendos solicitados a lo que Uzmetal inició un procedimiento con intención de invalidar la decisión adoptada por la Junta General de la empresa sobre la distribución de dividendos del ejercicio 2006, sin embargo en julio de 2007 el tribunal desestimó las pretensiones de Uzmetal y confirmó la validez de la decisión. En ese mismo mes y año, UzKTJM inició un procedimiento de quiebra contra Uzmetal ante el tribunal Económico de la región en base a la falta de pago de los dividendos por parte de Uzmetal. Procedimiento que fue aceptado por la Corte en agosto de ese año y consecuentemente se nombró un administrador provisional y un auditor ex-

terno de una empresa de auditorías denominada Bukhgalter. Metal-Tech presentó alegaciones haciendo saber al tribunal que dichos procedimientos de quiebra no fueron realizados de manera “justa” ni conforme al “Derecho” de Uzbekistán. Tras el rechazo por parte del tribunal de todas las reclamaciones efectuadas por Metal-Tech, en octubre de 2007 el tribunal Económico procedió a la aceptación de la liquidación de Uzmetal y finalmente en octubre de 2008 se transfirió la propiedad de Uzmetal a UzKTJM y AGMK y todos los activos de Uzmetal pasaron a ser controlados por el Gobierno de Uzbekistán.

En enero de 2010, Metal-Tech presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI, contra Uzbekistán, alegando que la demandada no le había otorgado un trato equitativo y justo a su inversión; había violado el acuerdo suscrito entre las partes; había adoptado un proceso de expropiación contrario al BIT y a las leyes de Uzbekistán y había adoptado medias arbitrarias y discriminatorias contra la empresa conjunta creada por las partes. Por su parte, la demandada alegó que la demandante había obtenido el concurso mediante sobornos a funcionarios públicos y miembros cercanos al Gobierno, por lo que el tribunal carecía de jurisdicción para conocer de esta disputa al haber violado la demandante tanto la ley como el BIT.

La demandada llegó a demostrar que Metal-Tech había realizado pagos por valor de 4 millones de dólares americanos a funcionarios públicos y a un hermano del Primer Ministro de Uzbekistan.

En base al análisis realizado por el tribunal, este concluyó que existían indicios suficientes para dictaminar que la inversión se había conseguido mediante actos de corrupción y que dichos actos eran constitutivos de violar tanto las leyes del país receptor como el art. 1 del BIT

*On the basis of the foregoing analysis, the tribunal comes to the conclusion that corruption is established to an extent sufficient to violate Uzbekistan law in connection with the establishment of the Claimant's investment in Uzbekistan. As a consequence, the investment has not been “implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made” as required by Article 1(1) of the BIT.*

El consentimiento de Uzbekistán para someterse ante un arbitraje CIADI, tal y como indica el Art. 8 del BIT, se limita a aquellos conflictos relativos a una “inversión” siempre y cuando dicha inversión se haya realizado observando el cumplimiento de la ley del Estado receptor. Por lo que consecuentemente, el tribunal no tiene jurisdicción de conocer sobre el conflicto que se le presentó ya que no se había cumplido el art. 25 del Convenio CIADI, por faltar un requisito esencia, “el consentimiento”.

Habiendo llegado a la conclusión de que el tribunal carecía de jurisdicción, por lo anteriormente expuesto, carecía de interés seguir atendiendo al resto de excepciones interpuestas por las partes.

El tribunal concluyó que carecía de jurisdicción sobre las demandas y reconvencciones ante él expuestas ya que la inversión se había conseguido mediante actos de corrupción y consecuentemente los derechos del demandante, entre ellos el de acceder ante un tribunal de arbitraje de inversión amparándose en el BIT o el Derecho local eran nulos.

Lógicamente, una vez que un tribunal tiene pruebas fehacientes de que la inversión se ha obtenido mediante procedimientos ilegales, se produce un efecto dominó. El actor del acto de corrupción, él mismo, se desprotege de cualquier derecho que pudiera corresponderle por haber cometido un acto previo para obtener su inversión, un ilícito penado ante el Derecho internacional y local de cualquier país.



## II. El arbitraje con indicios de corrupción

### 1. Los denominadores comunes

#### A) La categoría de los contratos comerciales

El arbitraje con indicios de corrupción suele tener una serie de denominadores comunes, el primero de ellos es el tipo de contrato en el que se sustenta la relación comercial entre las partes; los contratos en los que más fácilmente se enmascara la corrupción, y ésta se reviste de legalidad, suelen ser siempre contratos de: asesoría técnica, comisión, corretaje, consultoría, mandato, agencia, representación, asistencia administrativa. Generalmente, nunca desvelan al árbitro las verdaderas intenciones del contrato, suelen mantener esta apariencia de legalidad incluso iniciado el proceso, en estos supuestos debe ser el propio árbitro quien busque indicios a instancia de parte<sup>153</sup>. Salvo que el interés de una de las partes requiera de manifestar la ilegalidad de la conducta para evitar las consecuencias de un contrato válido y de este modo evitar pagar lo que se le reclama, como ya se hiciera en el caso *Siemens c. Argentina*<sup>154</sup>, o en el caso *Pey Casado c. Chile*<sup>155</sup> más adelante analizados.

A grandes rasgos, se podría realizar un breve esbozo de la gran mayoría de esos contratos comerciales típicos, éstos aunque celebrados bajo un aspecto de legalidad, casi siempre suelen enmascarar actos de corrupción. En ellos generalmente, una empresa multinacional, pretenderá en un país extranjero, contratar los servi-

---

<sup>153</sup> A. Court de Fontmichel, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, París, Ed. Panthéon-Assas / Thèses, 2004, pp. 305 a 319.

<sup>154</sup> En esta línea de decisiones ver caso *Siemens A.G. c. la República de la Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8

<sup>155</sup> Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. La República de Chile, Caso CIADI N° ARB/98/2.

cios de una empresa o tercero cuya misión será la de actuar como intermediario entre la multinacional y un funcionario público de mayor o menor rango en dicho país para obtener un contrato multimillonario. El verdadero objeto del contrato del intermediario, asesor, gestor, consultor o como jurídicamente se pretenda adecuar esta figura proporcionándole una cobertura de legalidad, será el de utilizar sus influencias y buena posición dentro del gobierno, para conseguir dicho contrato ventajoso para la sociedad extranjera, a cambio de unos honorarios que generalmente suelen ser una comisión, bastante elevada del montante total al que ascienda el contrato conseguido. En el contrato celebrado entre la multinacional y el intermediario suele existir una cláusula de sometimiento a arbitraje, para solucionar los posibles conflictos que surgieran entre las partes. Los problemas suelen ser que: la empresa extranjera obtenga el contrato pero finalmente no abone los honorarios pactados; que el intermediario cumple con el contrato obteniendo la adjudicación para la empresa extranjera pero ésta únicamente abona una parte de dichos honorarios prometidos al intermediario; que la empresa realice un anticipo como pago de la remuneración pactada en el contrato, pero el intermediario no obtenga el contrato y por lo tanto no cumple con su parte del acuerdo. Los honorarios pactados suelen ser para el pago de sobornos que permitan la obtención del contrato en el país extranjero. Surgida la controversia las partes acuden ante un tribunal arbitral para que resuelva la controversia, presentándose todas las alegaciones y pruebas como si de un contrato jurídico se tratase, ocultando la verdadera naturaleza de dichos acuerdos. Otro grupo de contratos de corrupción se identificarían con un acuerdo, igualmente de consultoría, mediación o consultoría mediante el que se obtiene un contrato de explotación por una empresa multinacional en un país extranjero con un gobierno determinado, cuando el gobierno cambia de partido político en el poder, éste revisa los contratos y concesiones de inversiones extranjeras e intentan modificar los términos del contrato obtenidos en una legislatura anterior y de signo político diferente, o por el contrario pretende dar por finalizado el contrato de inversión extranjera. Nuevamente para poner fin a la controversia surgida entre las partes, éstas se presentan ante un arbitraje internacional en la que el Estado receptor, finalmente

suele alegar que el inversor extranjero obtuvo su contrato mediante sobornos al anterior gobierno.

### B) *Siemens c. Argentina*

Por un lado, en *Siemens c. Argentina*, en el que la demandante fue Siemens IT Services S.A (SITS), una empresa legalmente afiliada a Siemens y el gobierno de la República de Argentina, suscribieron un contrato el 6 de octubre de 1998, el cual fue aprobado por el Decreto No. 1342/98 para establecer un sistema de control de la migración y la identificación personal (conocido como “el sistema”).

Siemens a través de SITS debería aportar capital y fondos suficientes para constituir los establecimientos necesarios equipados con el soporte técnico adecuado, a su vez Argentina, se comprometió a pagar un precio por cada DNI expedidos, incluyendo la entrega a domicilio y las actualizaciones del mismo, así como una serie de tasas. Igualmente la Argentina se comprometió a pagar una cantidad en concepto del sistema de impresión de las papeletas de votación.

Tras un cambio de Gobierno en diciembre de 1999, se produce la cancelación del Contrato en mayo de 2001.

Siemens recibió indicaciones de que el nuevo Gobierno deseaba modificar el Contrato y en febrero de 2000 las autoridades pararon la preparación, impresión y distribución del nuevo DNI alegando sin razón problemas de naturaleza técnica. Siemens tuvo que iniciar negociaciones con las autoridades argentinas. Las negociaciones no tuvieron éxito. El Contrato fue rescindido por Argentina el 18 de mayo de 2001, por el Decreto 666/01, de conformidad con la Ley de Emergencia 2000. SITS presentó un recurso administrativo que le fue denegado tras lo cual Siemens el 23 de mayo de 2002, solicitó ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo, “CIADI” o “el Centro”) una solicitud de arbitraje contra la República Argentina (en lo sucesivo, la Demandada” o “Argentina”) denunciando a) incumplimiento por parte

de la demandada en sus compromisos contractuales al no dotar de la protección necesaria a Siemens como empresa inversora (“cláusula paraguas” del Tratado), b) expropiación de la inversión sin los requisitos legales necesarios, justificación de un interés público y compensación para el expropiado), c) no haber dispensado a la inversión realizada por la demandante un trato justo y equitativo, d) haber adoptado medidas arbitrarias contra la inversión realizada por Siemens

El razonamiento arbitral fue el siguiente:

i) Respecto a la llamada “cláusula paraguas” el tribunal no considera que la Argentina incumpliera el artículo 7.2 del Tratado ya que Siemens no era quien obtuvo la licitación y suscribió el contrato, sino su filial argentina SITS, y esta última empresa fue parte en el procedimiento.

*“Whether an arbitral tribunal is the tribunal which has jurisdiction to consider that breach or whether it should be considered by the tribunals of the host State of the investor is a matter that this tribunal does not need to enter. The Claimant is not a party to the Contract and SITS is not a party to these proceedings”.*

ii) El tribunal consideró que para que una expropiación sea realice de acuerdo con el Tratado, ésta debe justificarse en un interés público y estar acompañada de una compensación para el expropiado, el tribunal no encontró ninguno de estos dos requisitos en las actuaciones llevadas a cabo por la demandada, y además, el tribunal consideró que la expropiación realizada por Argentina a través del Decreto 669/01 contra las inversiones llevadas a cabo por Siemens no fue justificada en el interés público sino con el objetivo de reducir costes totales al contrato y debido también, a un cambio en la línea política adoptada por la nueva Administración deseosa de distanciarse de su predecesora.

*“The Treaty requires that the expropriation be for a public purpose and compensated. The tribunal finds that there is no evidence of a public purpose in the measures prior to the issuance of Decree 669/01 “. It was an exercise of public authority to reduce the costs to Argentina of the Contract*

*recently awarded through public competitive bidding, and as part of a change of policy by a new Administration eager to distance itself from its predecessor”.*

iii) Sobre la denuncia realizada por Siemens de no haber sido su inversión tratada de manear “justa y equitativa”, el tribunal analizará cual es el alcance de la norma de trato justo y equitativo, la plena protección y seguridad así de la importancia que tiene todo ello en este caso atendiendo para ello al significado de los artículos 2(1) y 4(1) del Tratado.

El tribunal concluyó entendiendo que la renegociación del contrato iniciada por Argentina, no tendrá interés público alguno sino que por el contrario fue un intento de reducir costes, lo cual afectó a la inversión realizada por Siemens. Y que la conducta que ha adoptado la demandada es contraria al principio de buena fe y al “trato justo y equitativo”

*“...about the scope of standard of fair and equitable treatment and full protection and security and its relevance in this case.”*

*“...the tribunal finds that the initiation of the renegotiation of the Contract for the sole purpose of reducing its costs, unsupported by any declaration of public interest, affected the legal security of Siemens' investment. The tribunal also finds that when a government awards a contract, which includes among its critical provisions an undertaking of that government to conclude agreements with its provinces, the same government can not argue that the structure of the State does not permit it to fulfill such undertaking. This runs counter to the principle of good faith underlying fair and equitable treatment. The arguments made to justify delay in paying compensation without basis in the Contract or Decree 669101 and the denial of access to the administrative file for purposes of filing the appeal against Decree 669101 show lack of transparency of Argentina in respect of the investment, particularly when Argentina itself has manifested in these proceedings that at no time had it affirmed that the Contract was rescinded due to the Contractor's fault”.*

El tribunal dictaminó que si bien había ciertos aspectos en la conducta de Argentina que pudieran ser discriminatorias, las alega-

ciones efectuadas por la demandante no han sido totalmente justificadas. No obstante lo anterior, el tribunal dictaminó que la demandada violó el artículo 2(3) del Tratado al adoptar “medidas arbitrarias” en relación con la inversión de la demandante.

*“The tribunal considers that, while there are aspects in the actions of Argentina that seem discriminatory, the allegations of the Claimant have not been fully substantiated.”*

*“...that the Respondent has breached Article 2(3) of the Treaty by the arbitrary measures taken in respect of the investment of the Claimant;”*

Como consecuencia de todo lo anterior, el tribunal condenó a la República de Argentina al pago de 208.440.540US \$ en concepto del valor de la inversión realizada por Siemens, así como 9.178.000 US \$ en concepto de daños y 219.899 US \$ por las facturas impagadas por los servicios prestados por Siemens al Gobierno. Así como devolver la fianza de 20.000.000 US\$ e intereses que se había otorgado por Siemens, en cuanto a las costas del procedimiento arbitral, se condenó a Argentina al pago del 75% y a Siemens al 25% de la cuantía, todo ello debía darse cumplimiento lo antes posible y en todo caso, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de envío del laudo arbitral.

El profesor D. Domingo Bello Janeiro formuló una opinión disidente sobre la cuantía de los daños y costas del arbitraje asignado por el tribunal arbitral.

El 7 de abril de 2008. D. Osvaldo Guglielmino, Procurador del Tesoro de la Nación del Gobierno de Argentina, envió solicitud de anulación del laudo arbitral ante un Comité ad hoc en base a la interpretación de los artículos 53 y 54 del Convenio CIADI.

*“The United States is in receipt of the April 7, 2008 letter in the above-referenced case from Mr. Osvaldo Guglielmino, Procurador Del Tesoro de la Nación of the Government of Argentina. The United States was among several parties copied on the letter to the Ad Hoc Annulment Committee. In that letter, the, sets out its interpretation of Articles 53 and 54 of the ICSID Convention regarding Contracting States' obligations with respect to ICSID awards and suggest that the United States shares that interpretation.”*

El 1 de mayo de 2008 el Departamento de Estado deniega la anulación de la ejecución del laudo arbitral dictado por el CIADI, y considera que la República Argentina está obligada a cumplir lo dictaminado en dicha sentencia en base al art. 54 del Acuerdo CIADI.

*“Thus, a State is obligated to abide by and comply with an award rendered against it, irrespective of an investor's enforcement efforts under Article 54. Argentina's position to the contrary is an incorrect interpretation of articles 53 and 54 of the ICSID Convention.”*

En diciembre de 2008, la demandante Siemens AG, reconoció ante Comisión Nacional de Valores (SEC) de Estados Unidos, el pago de sobornos a miembros del gobierno formado por entonces presidente D. Carlos Menem entre los años 1989 a 1999 y también durante el mandato de su predecesor D. Fernando de la Rúa de 1999 a 2001, por lo que dicha Comisión condenó a Siemens al pago de una multa de 800 millones de dólares haber infringido la Ley de Práctica Corruptas de Oficiales Extranjeros. Por lo que de momento, la ejecución del laudo se encuentra suspendida, a la luz de la sentencia de la Comisión contra Siemens, queda legalmente reconocido por la empresa que la inversión efectuada por la empresa fue hecha mediante fraude y corrupción, sin embargo también, la República Argentina, cuando realiza la expropiación contra las inversiones realizadas por la empresa Siemens también lo hace de manera ilegal

### C) *Pey Casado c. Chile*

En el caso de *Pey Casado c. Chile*, tras una década desde la fecha del inicio del arbitraje, el tribunal condenó a Chile a pagar \$ 10.132.690,18 por incumplimiento del Tratado.

Los puntos conflictivos sobre los que se sustentan los hechos son básicamente los siguientes:

Las inversiones supuestamente realizadas por las Demandantes, en particular la compra de las sociedades CPP S.A. y ECP Ltda., así como a los acontecimientos que condujeron a la confiscación de estos bienes;

La cuestión relativa a la nacionalidad de las partes demandantes, cuestión este de todo punto importante para saber si las demandantes quedaban bajo la protección del APRI y del Convenio CIADI.

Para solucionar este punto conflictivo, el tribunal decidió estimar si los demandantes poseían distinta nacionalidad de la del Estado demandando en el momento de otorgar su consentimiento al arbitraje, en el caso del Convenio CIADI e igualmente si la poseían, en el momento que se produjo la supuesta violación al APRI. Ambas cuestiones fueron consideradas por el tribunal Arbitral y concluyeron dictaminando que los demandantes estaban jurídicamente legitimados tanto por el Convenio CIADI como bajo la protección APRI

Respecto del primer punto: los demandantes alegaron ser propietarios de las sociedades, Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (en adelante “CPP SA.”) y Empresa Periodística Clarín Ltda., (en adelante, “EPC Ltda.”).

En 1972, el Sr. Sainte Marie, por razones “estrictamente personales” decidió, supuestamente, vender la sociedad CPP S.A. a su amigo, el Sr. Pey Casado, quien, a lo largo de ese año realizó una serie de transferencias bancarias en pago de dicha venta, la cual fue suscrita ente comprador y vendedor en mayo de aquel mismo año la ciudad de Estoril, Portugal, sin embargo, la Demandada alegó que dicho acuerdo no cumplía las condiciones formales de la adquisición de la propiedad. En octubre de 1972, el Sr. Pey Casado se hace con dos grupos de acciones que le confieren el control de la sociedad EPP Ltda. En septiembre de 1973, el por entonces, Presidente de Chile, el Sr. Allende fue derrocado y las fuerzas armadas detuvieron al Director del diario “El Clarín” y embargaron los locales y bienes de la entidad, por su parte el Sr. Pey Casado se refugió en Venezuela y el gobierno de Chile aprobó y aplicó el n° 276 y el n° 77 cuyas consecuencias fueron en primer lugar el sometimiento a examen de la 'patrimonial' del Sr. Pey Casado como la de otras



personas colaboradoras suyas y la posterior confiscación de ambas empresas.

En septiembre del año 1975, las autoridades tributarias de Chile entablaron procesos penales por presunto fraude tributario contra Sr. Pey Casado y otros colaboradores suyos, de los cuales el Sr. Pey Casado fue declarado en “rebeldía”. Tras la caída del régimen del militar Pinochet y los posteriores Decretos, estos procesos fueron declarados nulos y dejados sin efecto alguno.

En febrero de 1995, el Sr. Pey Casado inició los trámites legales solicitando la devolución, restitución e indemnización de todos sus bienes. En noviembre de ese mismo año, el Ministerio de Bienes Nacionales informa al Sr. Pey Casado de que la ley de indemnización que permitirá tratar las situaciones comparables a la del Sr. Pey Casado todavía no ha sido promulgada.

En noviembre de 1997, los Demandantes presentan ante el CIA-DI, solicitud de arbitraje, y ocho meses después, se aprueba por el gobierno de Chile la Ley n° 19.568 de restitución o indemnización de los bienes confiscados y adquiridos por el Estado. Los Demandantes informaron al Ministerio de Bienes nacionales su intención de seguir adelante con el arbitraje 1997 y acogerse a la cláusula de opción irrevocable (*fork road*) contemplada en el APRI entre Chile y España y no acogerse a la mencionada Ley.

En abril de 2000, el Ministerio de Bienes Nacionales dictó la Decisión N. 43, considerada por las partes demandantes como una nueva confiscación o como una nueva manifestación de la confiscación de sus derechos derivados de su inversión (después de las del 10 de febrero de 1975, el 24 de abril de 1975 y el 25 de noviembre de 1977). Esta decisión se adoptó mientras el arbitraje estaba en curso.

Respecto al segundo punto conflictivo, la nacionalidad del Sr. Pey Casado, la Demandada alegó que la Demandante no podía beneficiarse ni del APRI ni del Convenio CIADI, por no adecuarse su nacionalidad a los requisitos exigidos por ambos convenios.

El Sr. Pey Casado, nació en España y emigró a Chile hasta el golpe del General Pinochet. En 1958, tras suscribirse el Convenio de Doble Nacionalidad entre España y Chile, el Sr. Pey solicitó la posibilidad de adquirir la nacionalidad de su lugar de residencia, Chile, sin renunciar a la española. En 1973 tras un golpe militar el Sr. Pey abandonó Chile y se refugió en la embajada de Venezuela sita en Santiago. Finalmente abandonó Chile tras obtener un salvoconducto ya que le fue denegado el pasaporte, a partir de aquel momento, el Sr. Pey Casado fue privado de facto de su nacionalidad. Sin embargo en enero de 1974 las autoridades venezolanas expidieron un pasaporte de urgencia y una cédula de identidad al Demandante.

Por su parte la demandada alegó que el Sr. Pey Casado realizó varios viajes de Perú a Colombia, Alemania y Estados Unidos con tres pasaportes diferentes, a lo que la Demandante respondió que dichos viajes se hicieron con documentos de identificación diferentes al “pasaporte de urgencia” expedido por Venezuela.

Tras la caída del Régimen de Pinochet, en 1989, el Sr. Pey Casado regresó a Chile, según el Departamento de Servicios de Fronteras de la Dirección Nacional de Extranjería y Policía Internacional, el Sr. Pey Casado regresó con pasaporte español. Por otro lado el Sr. Pey Casado se presentó en varias ocasiones como nacional chileno y, como tal, solicitó la asistencia de Chile al regresar a este país. El Sr. Pey Casado se presentó así mismo (entre 1991 y enero de 1997) como ciudadano chileno con una cédula de identidad chilena o con un domicilio chileno, incluso en octubre de 1994, el Sr. Pey Casado viajó a Bolivia con un pasaporte chileno.

El Sr. Pey Casado había comunicado al Departamento de Inmigración de Chile que había fijado su residencia en España desde el año 1974 y que no pensaba acogerse al Convenio hispano chileno de Doble Nacionalidad.

Por último, dos hechos significativos: uno, el 16 de septiembre de 1997, el Sr. Pey Casado procedió a presentar en el Consulado de España en Mendoza (Argentina) una declaración jurada por medio de la que renunciaba expresa y solemnemente a la nacionalidad chilena “en caso de que la Administración chilena requiriera una

renuncia formal” y dos, el 2 de octubre de 1997, el Sr. Pey Casado otorgó su consentimiento al arbitraje del CIADI, excluyendo, sin embargo, lo concerniente a la rotativa GOSS (cuestión que había sido sometida a las autoridades judiciales chilenas en octubre de 1995).

El razonamiento del tribunal sobre la competencia del Centro y del tribunal para conocer de la Solicitud Del Sr. Pey Casado fue el siguiente:

Sobre el requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI:

El Demandante, alegó que procedió a la adquisición de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. en el mes de octubre de 1972, convirtiéndose en titular de una inversión de acuerdo al Convenio CIADI. En sus notas respecto de los alegatos relativos a las audiencias del 29 y el 30 de octubre de 2001, la parte demandante sostuvo que la inversión en cuestión satisfacía la condición prevista en el Convenio CIADI, en la medida en que el Convenio no define el concepto de inversión y no exige la transferencia física de fondos al territorio del Estado Contratante

La Demandada, en todo momento, negó que el Sr. Pey Casado fuera el legítimo propietario de los títulos de las sociedades CPP S.A. y de EPC Ltda. Con lo que en virtud del art. 25 del CIADI el tribunal debería declinar su jurisdicción

Conclusiones del tribunal. Tras examinar las argumentaciones y pruebas alegadas por las parte, el tribunal Arbitrar resolvió que el Sr. Pey Casado adquirió las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.

“El tribunal concluye que, en el momento en el que tuvo lugar el embargo del diario “El Clarín “, el Sr. Pe Casado debía ser y considerado como el único propietario legítimo de las acciones de la sociedad CPP S.A.”

Y por lo tanto, la adquisición de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. Cumplieron el requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI.

“... el tribunal concluye que el requisito de inversión de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI se encuentra satisfecho en el presente caso. “

En relación con la segunda cuestión controvertida, que fue alegada por la demandada, la doble nacionalidad del demandante y por lo tanto el posible problema del requisito de nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI,

La cuestión que provoca controversia es saber si el Sr Pey Casado era, en una de esas fechas, doble nacional. Una especificidad del Convenio CIADI es que excluye explícitamente, en su artículo 25(2) (a) in fine, a “las personas [naturales) que, en cualquiera de ambas fechas [la del consentimiento y la del registro], también tuviesen la nacionalidad del Estado parte en la diferencia”.

En ese contexto, el tribunal consideró que no era relevante el “saber si una de las dos nacionalidades de la parte demandante era su nacionalidad efectiva o dominante “ ya que solamente por poseer la nacionalidad chilena el tribunal debería de haber declinado su jurisdicción, en base al mencionado art. 25(2) Convenio CIADI. Por ello el tribunal consideró oportuno para el esclarecimiento de los hechos estudiar la nacionalidad del señor Pey Casado durante el período comprendido entre los años 1974 y 1996 así como, analizar el argumento de la renuncia a la nacionalidad chilena por parte del Sr. Pey Casado.

Finalmente, el tribunal concluyó que si bien, tras su regreso el Sr. Pey Casado a Chile después de 1989 aún seguía detentando doble nacionalidad, el Demandante, renunció de legalmente y válidamente a su nacionalidad chilena tras 1997. Pero posteriormente y tras dicha renuncia, el Sr. Pey Casado dejará de tener doble nacionalidad para poseer únicamente la española.

“Para que no quepa duda al respecto, manifiesto que la comunicación del 10 de diciembre de 1996 (...) debe entenderse del modo que mejor en Derecho procede para el fin con el que fue presentada, inclusive como constancia de mi renuncia expresa y solemne a la nacionalidad chilena en el caso de que la Administración chilena requiriera la renuncia formal (...) a la nacionalidad chilena en la que de nuevo me afirmo y ratifico en este acto (...)El

16 de septiembre de 1997, el señor Pey Casado realiza una declaración ante el Consulado de España en Mendoza (Argentina)

Por lo que el tribunal, consideró que no debía declinar su jurisdicción en base a esta excepción a su jurisdicción,

“... el tribunal de arbitraje estima que no está en condición de admitir la excepción de incompetencia basada en el argumento de que la primera parte”.

Una vez estudiada y aceptada la competencia para conocer del caso, el tribunal Arbitral pasó a conocer el fondo del asunto.

Los Decretos, Y 165, de febrero de 1975, que ordenó la disolución de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. y la transferencia de sus bienes al Estado, el N. 580 de 1975 y el N.º 1200, de 1977, por los que se consideraron al Sr. Pey Casado como propietario de la sociedad CPP S.A. Incluso el propio expediente administrativo incoado contra el Sr. Pey Casado por inflación de la legislación tributaria en 1975 por el Director del Servicio de Impuestos Internos, fueron pruebas concluyentes de que el demandante era considerado por el gobierno chileno propietario de las empresas anteriormente mencionadas.

En cuanto a si las inversiones realizadas por el demandante estaban o no protegidas por el APRI, el tribunal dictaminó que con referencia a la confiscación del ya mencionado Decreto N.º 165, no lo estaría porque su entrada en vigor fue con fecha posterior a la del Decreto y por lo tanto tampoco admitió la calificación de “hecho lícito y continuado” alegado por los demandantes. Sin embargo sí fueron admitidos bajo la protección APRI, el decreto N. 43.

Los demandantes alegaron que después de estar solicitando justicia a través de siete años en la jurisdicción ordinaria chilena, ésta todavía no había respondido como de viera, a lo que el tribunal respondió que esta conducta debía calificarse como una “denegación de justicia” y por lo tanto una violación a el APRI

“Las partes demandantes pretenden ser víctimas de una denegación de justicia que habría tenido lugar durante un período que comenzó en 1995 y se extendió al menos hasta 2002. “

... la intervención de la Decisión No 43, cuya incompatibilidad con el procedimiento judicial ha sido en vano controvertida por las partes demandantes, presentadas como una violación del artículo 4 del APPI”.

El tribunal concluyó que las actuaciones que fueron llevadas a cabo por el gobierno de Chile, a la vista de las pruebas, fueron discriminatorias, y el trato prestado a los demandantes no fue en ningún momento “justo y equitativo”.

“El tribunal ha constatando previamente, además de su competencia para conocer de la demanda de arbitraje formulada ante el CIADI por la primera y la segunda parte demandante, que en cuanto al fondo, el Sr. Pey Casado es efectivamente el propietario de los bienes confiscados por las autoridades chilenas y que la inversión no gozó del “tratamiento justo y equitativo” previsto por el APPI. En otras palabras, ha constatado que la Demandada ha cometido una denegación de justicia y violado, con la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000 y su aplicación, la obligación de garantizar a la inversión un tratamiento justo y equitativo. “

El laudo terminó condenando a la parte demandada a que pague a la parte demandante la cantidad de US \$10.132.690,18, en concepto de indemnización, con un interés compuesto anual del 5%, a partir del 11 de abril de 2002 hasta la fecha de envío que tenía el laudo.

Igualmente ordenó pagar en concepto de costas y gastos a una suma de US\$2.000.000 (dos millones); US\$2.000.000 (dos millones); así como los 3/4 de los gastos del importe total (es decir, US\$3.136.893,34) por la Demandada y 1/4 del importe total (es decir, US\$1.045.631,11) por las Demandantes; y en consecuencia, ordena a la Demandada que pague a las Demandantes la suma de US\$1.045.579,35; y si los pagos no hubiesen sido realizados en las fechas previstas, debería aplicarse un 5% de interés anual.

En esta misma línea jurisprudencial fue es seguido por el tribunal del caso *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia*.<sup>156</sup>

## 2. Consideración de los límites del propio contrato

El segundo de los denominadores comunes es atender a los indicios que nos muestra el propio contrato, uno de ellos sería la cantidad total de los honorarios del intermediario, generalmente éstos son muy elevados, como por ejemplo, en el caso *Westacre*<sup>157</sup>, en el que dicha consultora debía de cobrar el 15% (primer indicativo que muestra una anomalía), de un contrato de venta de equipo militar entre los demandados y el Ministerio de Defensa de Kuwait, dicha adjudicación ascendía a 500.546.000 \$USA (segundo indicativo de que los honorarios no se ajustan a cualquier contrato típico), los demandados, la empresa Jugoimport se negó a pagar la comisión y la diferencia se resolvió ante un tribunal de la CCI en Ginebra, Suiza. Otro de los indicadores de posibles evidencias de corrupción sería la falta de pruebas de la ejecución de lo encomendado en el contrato, es decir, las obligaciones del contrato son difíciles de probar su realización. El intermediario suele ser una sociedad off-shore, de la que no existe constancia de la existencia de personal ni de colaboradores y por último, el país receptor de la inversión o donde tuvo lugar la ejecución del contrato, suele ser un país en el que el índice de percepción de la corrupción<sup>158</sup> suele ser elevado tal y como sucedió en *World Duty Free c. República de Kenia*.<sup>159</sup>

El tribunal de arbitraje, que por otro lado, es elegido por la elección de las propias partes, no debe ignorar los indicios de corrup-

---

<sup>156</sup> Casos de arbitraje CIADI Nos. respectivamente ARB/05/18 y ARB/07/15.

<sup>157</sup> *Westacre Inv. c. Jugoimport SDRP Holdings*, CCI Caso No.7047 (1994).

<sup>158</sup> Transparencia Internacional suele ser una de las organizaciones a escala mundial que analiza y denuncia los distintos tipos de corrupción des diferentes planos tanto a nivel económico, comercial, como político internacional.

<sup>159</sup> *World Duty Free Company Limited c. la República de Kenya*, CIADI CasO No. ARB/00/7.

ción que ante él se presentan. Aunque, lógicamente, la alegación de corrupción le va a suponer una difícil tarea para llevar a buenos términos el laudo arbitral. Dicha alegación creará un clima poco propicio entre las partes ya sea porque se de contestación a la denuncia o la documentación en el proceso aumente desproporcionadamente por las distintas contra alegaciones de las partes<sup>160</sup>.

Sin embargo, el tribunal en todo caso, pese a que dicha tarea no va a ser fácil deberá estudiar si verdaderamente el caso que ante él se presenta contiene actos de corrupción y actuar consecuentemente con las Convenciones, las Leyes y Códigos de Conductas que existen sobre esta materia. Hace 50 años podría haber mirado hacia otro lado, pero hoy el árbitro internacional está legal y moralmente obligado a tratar las alegaciones e investigar los indicios de corrupción y dejar constancia de todas sus decisiones y conclusiones a los que ha llegado a lo largo del procedimiento<sup>161</sup>.

### *3. El requisito del razonamiento arbitral y los Códigos operacionales en los laudos arbitrales en especial consideración en los que adolezcan de corrupción*

#### A) El requisito del razonamiento en los laudos arbitrales

Una de las mayores críticas plantea sobre los laudos de los arbitrajes de inversión haya sido quizás la falta o insuficiencia de motivación de los árbitros a emitir dicho laudo<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> B. M. Cremades, D. J.A. Cairos, “Orden público transnacional en el arbitraje internacional: cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable”, *Revista de direito bancário do mercado de capitais e da arbitragem*, vol. 6, n. 20, abr./jun. 2003, pp. 283-308.

<sup>161</sup> Así han actuado los tribunales arbitrales en casos como *Yukos Universal Limited (Isla del Hombre) c. La Federación Rusa*, Corte Permanente de Arbitraje, caso No. AA 227 En el que el tribunal hizo constar todas sus indagaciones sobre el Sr. Khodorkovsky incluyendo su proceso penal.

<sup>162</sup> G. Alvarez, “Mapping the Future of Investment Treaty Arbitration as a System of Law”, *Proceedings of the 103rd Annual Meeting of the American Society of International Law*, 25–28 de marzo de 2009, p. 329. En este mismo



Sin embargo, poco a poco las distintas instituciones arbitrales han ido subsanando este problema hasta que el propio Reglamento interno ha considerado que uno de los posibles motivos de anulación del laudo es la falta de motivación en el mismo<sup>163</sup>. Dicha falta de motivación según el art. 52.1º.e) en relación con el 48.3 del Convenio CIADI, podrá ser causa de anulación del laudo. El requisito de motivación es necesario, al margen de si estos son correctos o convenientes, de otro modo en caso de ser revisado por un Comité ad hoc, éste tendría que llevar a cabo una revisión del fondo del asunto.

El objetivo de este requisito es el de que el examinador del laudo sea capaz de seguir el razonamiento seguido por el tribunal, aun cuando éste hubiera podido llegar a cometer algún error de hecho o de Derecho.<sup>164</sup> Estos estándares fueron citados y reiterados en casos tales como *Wena Hotels Limited c. la República Árabe de Egipto*<sup>165</sup>

*“[...] the requirement that an award has to be motivated implies that it must enable the reader to follow the reasoning of the tribunal on points of fact and law. It implies that, and only that. The adequacy of the reasoning is not an appropriate standard of review under paragraph 1(e), because it almost inevitably draws an ad hoc Committee into an examination of the substance of the tribunal’s decision, in disregard of the exclusion of the remedy of appeal by Article 53 of the Convention.”*

---

sentido, Vid. G. Aguilar Álvarez y W.M. Reisman, *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration: Critical Case Studies*, Danvers, Martinus Nijhoff publishers, 2008.

<sup>163</sup> Art. 48.3º Convenio del CIADI “El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al tribunal y será motivado.” o el art. 52.e) “Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.”

<sup>164</sup> G. Kaufmann-Kohler, “La anulación de los laudos arbitrales del CIADI en arbitrajes de contratos y tratados: ¿Existen diferencias?”, *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, No. 1, 2011.

<sup>165</sup> Caso CIADI No. ARB/98/4

O en el caso de *Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina* en el que los motivos pueden estar citados “de manera sucinta o amplia” y la anulación puede ser solicitada únicamente en aquellos supuestos en los que existe falta de razonamiento en los motivos porque “la decisión carente de fundamento expreso en un punto particular” y ese punto es “necesario para la decisión del tribunal”,<sup>166</sup>.

La necesidad de esta motivación encuentra su sentido en que las decisiones singulares emitidas por un tribunal arbitral en el laudo, pueden reverberar más allá de las propias partes y afectar directamente sobre un Estado o afectar incluso en la comunidad arbitral. Dicho razonamiento es una manera de hacer que dicha decisión arbitral sea políticamente aceptable y responsable, al mismo tiempo que permite dibujar un hilo conductor que permita a cualquier lector entender el sentido y el alcance de la decisión del tribunal. Un claro ejemplo de las repercusiones o resultado que pueden provocar un laudo, es quizás el arbitraje internacional de Abyei<sup>167</sup> en el que un tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya fue designado para establecer si una “Comisión de límites de Abyei” cuyo único mandato consistía en definir y demarcar el área de los pueblos de Ngok Dinka transferidos a Kordofan en 1905, se había excedido de su mandato y había proporcionado conclusiones sustantivas sin razonamiento suficiente. El tribunal estableció que la necesidad del razonamiento era “fundamental” para legitimar la decisión alcanzada por dicha Comisión.<sup>168</sup> Y con este laudo se estableció la nueva delimitación de la zona de Abyei de acuerdo con las pruebas presentadas por las partes de la disputa.

El razonamiento es un requisito que lleva a algunos sectores de la doctrina a crear debates acerca de la naturaleza básica de la solu-

---

<sup>166</sup> Caso del CIADI No. ARB/03/19.

<sup>167</sup> *Gobierno de Sudan c. Movimiento de Liberación del Pueblo de Sudán (Sudan People's Liberation Movement/Army) Corte Permanente de Arbitraje*, Laudo de 22 de julio de 2009. [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1306](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1306).

<sup>168</sup> Caso *Abyei*, parr. 522.

ción de controversias en el ámbito internacional. Un punto de vista sobre el sentido de la necesidad de dicho razonamiento es el pragmático, este sector considera que los casos deben ser decididos estrictamente y sólo para un propósito particular, sin embargo, otro sector, el teleológico, consideran que las decisiones internacionales, deben expresar una relación en particular pero al mismo tiempo una coherencia con el objetivo de la norma y por lo tanto llegar a proporcionar directrices y lecciones para supuestos o circunstancias similares que se pudieran repetir en el futuro.<sup>169</sup>

En los supuestos de corrupción es donde estos puntos de vista entran en contacto con la realidad. Si la decisión adoptada sobre una alegación de corrupción en el arbitraje de inversión fuese realizada desde el punto de vista pragmático, la denegación de jurisdicción se podría razonar en base a una violación de la legislación nacional y no sería necesario entrar en el fondo del asunto, a pesar de las acusaciones que pudieran pesar sobre un ilícito penal realizado por un funcionario público. Y si el laudo fuese adoptado desde una perspectiva teleológica, éste buscaría identificar el propósito existente detrás de la ley, así como la fórmula en que su interpretación es compatible con ese propósito. Tiene que existir conexión entre la decisión, los principios utilizados y la manera de articular dichos principios y como todo ello ha conducido a ese resultado o laudo. En el supuesto de que hubiera existido un delito de corrupción, en el laudo debe articularse y discutirse abiertamente todos los hechos. En efecto, parece que el requisito del razonamiento en los laudos de los arbitrajes internacionales, en muchos sentidos parece antitético con el concepto de un código operativo: obliga a los encargados que están revestidos de autoridad para deliberar sobre aspectos importantes sobre la inversión extranjera, tal y como es ser miembro de un tribunal arbitral, a enfrentarse a una realidad, la práctica de sobornos transnacionales, llevadas a cabo por aquellos que operan de una manera efectiva y directa dentro del sistema financiero. Dichos actos se hacen públicos mediante los laudos y decisiones

---

<sup>169</sup> A.P. Lamzon, *Corruption In International Investment Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, 2014, [8.32]

arbitrales, y éstos quedan expuestos al escrutinio de las partes que bien o desconocen o rechazan de plano el código operacional<sup>170</sup>.

## B) Laudos arbitrales y Códigos operacionales

Analizando en profundidad el requisito del razonamiento en el laudo arbitral, enfocado en la valoración de las pruebas, la sanción y la responsabilidad de desenmascarar la corrupción transnacional, sería tanto como contribuir en la salvaguarda del mito del sistema, como el código operacional, intentando contribuir con la reconciliación de los dos. Y poco a poco ir dejando atrás esas sombras para irnos acercando más a la luz, y armonizar la llamada “jurisprudencia confidencial” con la “jurisprudencia publicada”. Sin embargo, en muchas ocasiones, dicha armonización es muy difícil; ya que los árbitros encargados de dictar laudos en los que existan implicaciones de corrupción por parte del Estado receptor pueden llegar a encontrar en muchos de los sistemas legales nacionales serios problemas a la hora de ejecutar el laudo por haber puesto en entredicho su orden público.

Las últimas tendencias jurisprudenciales nos muestran un cambio paulatino, permitiéndonos vislumbrar de manera más abierta los llamados “códigos operacionales” o conductas adoptadas por algunos gobiernos en cuanto a adjudicación de contratos públicos se refiere. Uno de esos pocos casos en los que se permite la publicación del laudo, fue el caso *World Duty Free c. Kenia*, en los que uno de los testigos, justificó el pago de 2 millones de dólares americanos al entonces presidente de Kenia, Daniel Arap Moi, era coherente con la costumbre existente en ese país para asegurar la obtención del contrato de inversión en Kenia. Durante aquel período de tiempo, ningún inversor extranjero estaba exento de la obligación de pagar el “Harambee” al entonces cabeza visible del Esta-

---

<sup>170</sup> Se entiende por códigos operacionales a aquellas costumbres o usos realizados por las empresas inversoras en países extranjeros, dicha costumbre consiste en el pago de sobornos para poder influenciar en las autoridades y de este modo obtener un contrato público o inversión extranjera.

do como condición previa para poder hacer cualquier tipo de negocios, por muy pequeño que éste fuera en el país.<sup>171</sup>

El tribunal rechazó de plano esta defensa, y con razón, ya que cualquier laudo que pretende ser ejecutado y pasar el filtro de un marco legal no admite, en modo alguno el pago de sobornos a funcionarios públicos.

Los pronunciamientos categóricos en la jurisprudencia arbitral sobre que la corrupción es ilegal, inmoral, y contraria al orden público son totalmente compatibles con el mito del sistema anticorrupción. Los árbitros tienen derecho a resistirse al razonamiento de que el “sabor moral de arbitraje difiere drásticamente de un contexto a otro y que la imagen pública y el aura del arbitraje variarán dependiendo de la perspectiva”.<sup>172</sup> Y de hecho, el arbitraje de inversión es un sistema cerrado a aquellas ideas de equidad que queden al margen del Derecho, a los árbitros no se les permite realizar decisiones *ex aequo et bono* sin el consentimiento de las partes.<sup>173</sup> E incluso si las partes prestasen su consentimiento con respecto a la corrupción, hoy es totalmente imposible que algún tribunal diera validez a cualquier forma de corrupción pública consensuada. Esperar que los árbitros pudieran en virtud de los llamados “códigos operacionales” admitir o excusar cualquier tipo de corrupción es malinterpretar la naturaleza legal de la adopción de decisiones y el haz de las expectativas y limitaciones de todos los actores que intervienen en los procedimientos arbitrales, los cuales están obliga-

---

<sup>171</sup> Laudo Caso CIADI No.. ARB/00/7: “66. *The Claimant states that in order to be able to do business with the Government of Kenya, Mr. Ali was required in March 1989 to make a “personal donation” to Mr. Daniel Arap Moi, then President of the Republic of Kenya. The Claimant adds that this donation amounted to US\$2 million, and contends that the donation was “part of the consideration paid by House of Perfume to obtain the contract”.*”

<sup>172</sup> W.W. Park, “Arbitration’s Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion”, *The 2002 Freshfields Lecture, Arbitration International*, vol. 19, n° 3, 2003, p. 279.

<sup>173</sup> En virtud del art. 42.3° de la Convención de Washington “Las disposiciones de los precedentes apartados de este artículo no impedirán al tribunal. si las partes así lo acuerdan. decidir la diferencia *ex aequo et bon*”.

dos a objetar su jurisdicción o seguir siendo parte del sistema. La motivación en el laudo arbitral evita si cabe que la corrupción pueda seguir subsistiendo en la sombra de las inversiones internacionales y más aún, en los arbitrajes internacionales.

### III. Actitudes arbitrales en la valoración de la corrupción

#### 1. Posiciones en presencia

Si observamos la labor realizada por los árbitros hasta hace aproximadamente 10 años, podemos discernir con respecto a la corrupción en el comercio internacional que dos han sido sus posiciones y éstas han sido bien diferenciadas, coexistiendo ambas durante todo este tiempo. Por un lado, tenemos la actitud represiva frente a la corrupción, en la que la tendencia de los tribunales arbitrales ha sido la de demostrar su disposición a estudiar cualquier alegación de actos corruptos, y la tendencia indiferente, en la que los tribunales prefieren limitarse a los términos contractuales porque consideran que la corrupción es algo inevitable o incluso en ocasiones una falla atribuible a ambas partes.<sup>174</sup>

Sin embargo, si analizamos la conducta adoptada por los tribunales durante estos últimos 10 años podemos comprobar que existe una tendencia más legalista o formalista; el árbitro intenta dejar de lado su opinión personal y filosófica a cerca de la corrupción y la sustituye por los medios de prueba. Si una de las partes alega que existe corrupción el árbitro primero considera si existe alguna otra excepción a su jurisdicción que sea más evidente y de fácil análisis (atendiendo al principio de coste y economía procesal) si no existe otra excepción el tribunal admite estudiar el fondo del asunto sobre corrupción, atendiendo al procedimiento arbitral y a los medios de prueba para finalmente, dictar si realmente ha existido dicha corrupción o no. Para ello se han establecido unos estándares de prueba diferentes de los de los tribunales jurisdiccionales.<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> A. Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer, 2004, pp. 8–24; A.P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, 2014, pp. 39–42.

<sup>175</sup> Vid. *Flughafen Zürich A.G. y Gestión E Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19 en el que el tri-

A continuación analizaremos estas tendencias tan opuestas adoptadas por los árbitros teniendo en cuenta que no se pretende describir enfoques subjetivos sino buscar una serie de posturas generalizadas y observar las ideas o patrones que se repiten dentro de este ámbito o materia ante casos similares. Así como esta tercera postura a la que me he permitido clasificar como legalista.

En la última década, el arbitraje de inversión en especial, se ha convertido en un mecanismo de solución de controversias preferentemente elegido por el sector financiero internacional, y esto ha dado a lugar a que se consecuentemente sus laudos manifiesten las políticas y preferencias adoptadas por sus jueces en gran medida debido a la gran diversidad de usuarios. No debemos olvidar que muchos de los abogados y árbitros, los cuales desempeñan un rol principal en estas disputas empresariales, han tomado filas en el ámbito del arbitraje y vienen desempeñando la labor de conciliar el sentido e interpretación de contratos comerciales bajo el auspicio de organismos privados de arbitraje comercial o de inversiones internacionales, tales como: la Cámara de Comercio Internacional (CCI), La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), o el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). El arbitraje de inversión ha absorbido o importado gran parte de sus prácticas de la cultura del arbitraje comercial privado<sup>176</sup>. En el arbitraje comercial, cada vez mucho más que antes, las partes se dejan llevar por su libertad de elegir el Derecho aplicable a cada caso. En los últimos tiempos y debido a la importancia adquirida por estas instituciones arbitrales, el arbitraje internacional

---

bunal ya estableció de la necesidad de altos estándares de prueba diferentes de los tribunales jurisdiccionales para poder dictaminar sobre la existencia de corrupción, “El proceso penal y este arbitraje se mueven en diferentes esferas jurídicas – uno en la esfera iusinternacional, en la que se ventila la responsabilidad bajo Derecho internacional del Estado venezolano, y otro en la esfera de Derecho interno sancionador de conductas ilícitas. Las dos esferas no se solapan. Y los estándares de prueba son diferentes en cada uno de los sistemas jurídicos”.

<sup>176</sup> *Thunderbird Gaming Corp. c. México*, Opinión separada de Thomas W. Wälde, 26 January 2006 “noting similarities and differences between commercial and investment arbitration”.



ha elaborado e incluido los términos contractuales, emancipándose o independizándose del encorsetamiento de la ley aplicable típica de las jurisdicciones estatales<sup>177</sup>.

## 2. *Tendencia represiva*

Esta tendencia es coherente con una línea de pensamiento que considera que existe un conjunto de valores morales objetivos y que estos deben gobernar la razón humana, su conducta y consecuentemente sus decisiones. Y que en aquellos supuestos en los que existiera la posibilidad de quedar desprovistos de una cobertura legal, el derecho positivo no puede desproteger este tipo de normas morales. Para ello existe la figura del juez como persona “elegida entre los mejores”<sup>178</sup> para resolver disputas entre las partes, él es capaz de conocer esas normas morales, y es capaz de hacer que los demás las observen en aquellos casos en los que el Derecho positivo guarde silencio o es moralmente deficiente.

Los laudos emitidos por los tribunales arbitrales comerciales y de inversiones internacionales, se han convertido en los principales expositores de la mayoría de los aspectos económicos del Derecho internacional. Salvo muy pocos casos, en el último medio siglo, la práctica totalidad de controversias referidas a inversiones, comercio o finanzas no han sido resueltos ante de los tribunales de Justicia<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> S.A.Sánchez Lorenzo, “La elección de la Ley aplicable a las obligaciones en el comercio internacional”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, año nº 14, No. 59, 1995, pp. 703-720

<sup>178</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2ª ed., Paris, LGDJ, 1927, p. 36.

<sup>179</sup> J Paulsson, “International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law, International Arbitration 2006: Back to Basics?”, *ICCA International Arbitration Congress series* no. 13 p.879 y en Albert Jan van den Berg (ed.), Kluwer, 2007, pp.886-7 citando a F. Orrego Vicuña, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p.19 (“questions relat-

### A) El papel del árbitro represivo

El árbitro, el juez del arbitraje internacional<sup>180</sup>, es el depositario de ciertos ideales inherentes, de los que él es el guardián<sup>181</sup>. Aunque los jueces son designados en virtud de un contrato, y su actuación queda definida mediante un acta de misión, todo ello debe permitirle ser un interventor de dicho contrato y en ningún caso puede quedar supeditado a los deseos de las partes<sup>182</sup>. La labor rea-

---

ing to major areas of international law, such as those dealing with trade, finance and investments, are never brought' before the ICJ").

<sup>180</sup> Vid. C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001, p. 66, par. 135 ; L. Chedly, *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, Túnez, Centre de publication Universitaire, 2002, pp. 72 ss.

<sup>181</sup> J. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*, Nueva York, Oceana Publications, Inc., 1978, p. 536, par. 408: "La responsabilidad de un árbitro se centra en el arbitraje en particular y en el comercio internacional en general"; en este sentido ver p. 540, par. 413: "Cada vez más en los últimos años, el arbitraje se ha convertido en el método establecido para la resolución de las disputas que surjan del comercio internacional. Los tribunales arbitrales se han convertido en los tribunales del comercio internacional; los árbitros son los jueces." Vid. también P. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996, p. 403, par. 580: "Los árbitros ... son el verdadero poder judicial del comercio internacional"; P. Fouchard, "Droit et morale dans les relations économiques internationales", *Revue des sciences morales et politiques*, 1997, No. 3, pp. 1-27; B. Oppetit, "Droit du commerce international et valeurs non-marchandes", *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1992, pp. 309-319, p. 311, en esta línea fue publicado también por B. Oppetit "Droit et modernité", *Revue internationale de droit comparé* vol. 51, No. 1, 1999, pp. 209-210; E. Loquin, "Les manifestations de l'illicite", en *L'illicite dans le commerce international*, Litec, 1996, pp. 247-278, p. 253; P. Kahn, "Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international", *J.D.I.* ejemplar 303, 1989, p. 318 ; P. Mayer, "Le contrat illicite", *Rev. arb.*, 1984. p. 208.

<sup>182</sup> Vid. P. Fouchard, "L'arbitrage et la mondialisation de l'économie", in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, París, Frison-Roche, 1999, pp. 381-395; P. Ter-

lizada por el árbitro y por el juez del Estado, son complementarias la una de la otra, como se ha indicado en numerosas ocasiones<sup>183</sup>. Y aún complementarias son también diferentes. El proceso judicial se mueve en una “esfera jurídica diferente” y dichas esferas no se “solapan” por lo que sus decisiones no tienen que ser coincidentes. Así ha quedado recientemente reflejado en un laudo emitido por el CIADI.<sup>184</sup>

Si bien ambos convergen en un determinado conjunto de ideales y cuyo principal apoyo es el Derecho positivo. Sin embargo, la autonomía de las partes permite realizar acuerdos que no se rigen por las normas morales, en tales casos, los árbitros deben convertirse

---

cier, “La corruption et le droit des contrats”, *La semaine judiciaire*, 1999, vol. 121, No. 10, pp. 225-271.

<sup>183</sup> B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998 p. 29: “Ordonnées à la poursuite de fins identiques, justice étatique et justice arbitrale reposent sur un certain nombre de principes communs d'organisation et de fonctionnement : ceux que la common law qualifie de « justice naturelle », c'est-à-dire ceux qui transcendent tous les particularismes techniques et nationaux et en l'absence desquels on ne pourrait parler de justice. Il ne saurait en effet exister de procès équitable sans que soient scrupuleusement respectés le principe d'égalité entre les parties, le principe de la contradiction et celui, proche mais distinct, de la protection de la défense, ainsi que la nécessité d'un débat loyal, et ces exigences, quelles qu'en soient les modalités qui les traduisent, se manifestent à tous les stades de la procédure”; J.M. Jaequet y P. Delebecque, *Droit du commerce international*, 3 ed., Paris, Dalloz, 2002 p. 363, par. 488; B. Goldamn, “The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective”, *International Arbitration, 60 Years of ICC Arbitration, A Look at the Future*, Paris, ICC Publishing, No. 412, 1984, pp. 257-285; P. Fouchard, “Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international”, en *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 95-115, y pp. 101 ss.

<sup>184</sup> *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, laudo de 18 de noviembre de 2014.

en supresores de esas decisiones tomadas por las partes si la moral y el orden público así lo requieren.<sup>185</sup>

B) Sanción arbitral de la corrupción en base a la moral y el orden público

Si se observa las actitudes adoptadas por los seguidores de la tendencia represiva, nos sugiere que existe una premisa común, un principio de “condena al acto de corrupción”. La base a dicha condena de la corrupción en el comercio transnacional se sustenta en una “condena moral” que encuentra su formulación legal en un mandamiento positivo de “prohibición”<sup>186</sup>. Sin embargo la función arbitral queda delimitada por la ley del contrato sobre el que debe dictar una solución a las controversias, por el procedimiento arbitral y por la propia acta de misión como ya hemos podido comprobar. Por lo que si un árbitro de tendencia represiva, detecta que el verdadero sustento del contrato sobre el que está resolviendo es en realidad un instrumento utilizado para enmascarar un acto de corrupción tal como el tráfico de influencias o el soborno, el árbitro puede aplicar el principio de la kompetenz-kompetenz<sup>187</sup>, y declarar que dichos actos los considera inmorales y en consecuencia declararse incompetente para conocer del fondo del asunto. El árbitro sueco Lagergren, como ya hemos indicado, fue pionero en este tipo de comportamiento represivo de la corrupción declinó su competencia por considerar contrario al orden público internacional el contrato celebrado entre las partes<sup>188</sup>.

Finalmente, se puede decir que el árbitro se ha convertido en juez “natural” para solucionar los conflictos que nacen de las transac-

---

<sup>185</sup> P. Mayer, “La règle morale dans l'arbitrage international”, *Études Offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 379-402; A. S. El-Koshier y P. Leboulanger, “L'arbitrage face à la corruption et le trafic d'influence”, *Rev. de l'Arb*, No. 3 1984, pp. 3-18.

<sup>186</sup> *Vid.* p. 289.

<sup>187</sup> CCI Caso No. 6401 de 1991.

<sup>188</sup> Caso CCI 1110 de 1963.

ciones internacionales y por ello debe preservar más que ningún otro la moralidad del comercio internacional y sobre todo en la lucha contra la corrupción<sup>189</sup>.

### *3. Tendencia permisiva o indiferente. El punto de vista del árbitro en materia de corrupción*

La segunda línea de pensamiento se posiciona en contra de la anterior. Analizaremos como juzga el árbitro las prácticas corruptas desde un punto de vista diferente al anterior.

Todo juez se rige por el Ordenamiento Jurídico de la nacionalidad en la que legisla, y dichos jueces, lógicamente desempeña su labor influenciada significativamente por los valores morales de su comunidad.

La corrupción es evaluada de acuerdo con las leyes y costumbres de cada país, hoy podríamos decir que prácticamente la totalidad de los países condenan este tipo de prácticas, y que sus jueces emiten sus sentencias de acuerdo a las leyes a las que pertenecen. Pero qué realidad debe ser la base moral para los árbitros del comercio internacional no es algo que esté tan claro. En principio, ésta procede del hecho de que el arbitraje internacional, en general, se realiza dentro de un espacio social donde existen una gran variedad de concepciones morales y legales que deben tener en cuenta en el momento de realizar su evaluación de la situación. Esto sugiere que, de un lado, puesto que no existe una regla moral, única y universal, el árbitro debería analizarla caso por caso. La tendencia indiferente si tuviese que tratar con la corrupción en el ámbito del arbitraje internacional, su línea de pensamiento coincidiría con la de que el arbitraje es un instrumento utilizado dentro del libre comercio internacional, y que los árbitros deben en todo momento

---

<sup>189</sup> F. Mantilla Espinosa, “El árbitro y la lucha contra la corrupción en el comercio internacional”, *Revista internacional de arbitraje*, vol. 7, 2007, pp. 67-89.

defender ante el ideal de autonomía de las partes.<sup>190</sup> También son bastante receptivos a la idea de que el propósito más inmediato del comercio es el *ánimo de lucro*<sup>191</sup>.

Dicha autonomía dentro de la regulación nacional e internacional, ha sido considerada como un pilar indispensable para la culminación de la realización del libre comercio. Como lo demuestra los estándares mínimos exigidos y que cada vez son menores las exigencias en aras de ese comercio internacional.

El arbitraje representaría la realización práctica a dicha autonomía<sup>192</sup> y los árbitros, los depositarios de dicha autonomía. Se rigen, por así decirlo, por una regla moral de autonomía. Su enfoque principal se dirige siempre hacia la búsqueda de soluciones dentro del contexto del contrato por el que son nombrados. Quizás por ello muestran cierto desinterés respecto de cualquier cuestionamiento acerca de la validez del contrato alegado por cualquiera de las partes. Algunos, incluso llegan a considerar que tal cuestionamiento es particularmente chocante ya que cuestionar dicha validez del contrato es incompatible con su compromiso inicial y con la consecución de un acto válido y eficaz. Ellos consideran su labor como una de las “regulaciones” adoptadas entre las relaciones de las partes dentro de su acuerdo, y censurar en alguna medida el pacto adopta-

---

<sup>190</sup> Dicha autonomía de la voluntad de las partes, tal y como ha considerado el profesor Fernández Rozas, debe adoptar un papel protagonista aunque este debe encontrar sus propios límites en la convivencia que debe existir entre la libertad y ciertos preceptos de carácter imperativo o de obligada observancia por las partes que aparecen contenidas en las diferentes normativas. Vid. J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 19, 2005, pp. 55-91.

<sup>191</sup> A. Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p.23.

<sup>192</sup> J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et L'ordre public*, París, LGDJ, 1999, p. 2, par. 4 y p. 20, par. 30.

do por dichas partes sería contrario a la regla moral de salvaguardar el “principio de autonomía”<sup>193</sup>.

En este sentido el arbitraje es percibido como un proceso en el que las necesidades y exigencias del comercio internacional y los propios intereses de los operadores de dichas transacciones internacionales son los que reconoce la necesidad de los árbitros profesionales. En los que prima la búsqueda y la maximización de los beneficios y éstos son reconocidas como legítimos intereses en cualquier transacción comercial. Por ello los actos que implican uso de la corrupción con el fin de obtener un comercio más rentable no se perciben como moralmente reprochable<sup>194</sup>, máxime cuando sigan existiendo regímenes políticos o funcionarios públicos en el mundo cuyas decisiones arbitrarias constituyen un obstáculo a las reglas morales del libre comercio. La corrupción en este sentido puede ser vista como una práctica comercial llevada a cabo por los operadores comerciales capaces de influenciar en las decisiones adoptadas por los funcionarios públicos que tienen la autoridad de interferir en las transacciones comerciales. Cuando en este tipo de prácticas intervienen otros competidores, es difícil de poder actuar con moderación, especialmente en aquellos sectores en los que implique realizar inversiones con un coste muy alto, máxime cuando de la obtención o no del contrato puede llegar a depender el futuro o incluso la supervivencia del negocio en dicho sector.

Esta conducta corrupta, en las condiciones descritas anteriormente, no parece censurables para esta línea de pensamiento. Por el contrario, en la toma de decisiones arbitrarias, la corrupción se considera que esta conducta es una práctica normal. Una rama importante de esta línea de pensamiento es capaz de reiterar retóricamente fórmulas que condenan la corrupción sin dejar de ser tolerante en relación con las prácticas que implican pagos a intermedia-

---

<sup>193</sup> Sobre esta línea de pensamiento *Vid.* B. Oppetít, *Théorie de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>194</sup> P. Lascoumes, *Corruptions*, París, Presses de Sciences Po, 1999, p. 21: “*En effet, en corrompant un fonctionnaire... un entrepreneur demeure dans la logique de recherche du profit qui est sa logique d'action légitime*”.

rios con el fin de influenciar en las decisiones de contrataciones públicas.<sup>195</sup>

#### *4. Últimas tendencias en materia de corrupción. La tendencial legalista.*

##### A) Aspectos generales

Si analizamos los laudos arbitrales de esta última década, podemos concluir que algo está sucediendo en las tomas de decisiones arbitrales en lo que en materia de corrupción se refiere.

Los árbitros no se dejan guiar tanto por una tendencia subjetiva y personal permisiva o represiva sobre la corrupción sino que se han convertido en un cuerpo legalista que se ciñe al conjunto de pruebas que le son presentadas en el momento procesal oportuno y que dichas pruebas deben reunir todos los requisitos que le ayuden a determinar si existe o no indicios de corrupción en el caso sobre el que están decidiendo.

Toda decisión arbitral no solo debe ser motivada sino que debe realizarse acorde con la ley aplicable y la propia jurisdicción del árbitro, nunca a voluntad de la persona que hay tras el cargo.

Tal y como se desprende de la sentencia de la Audiencia Provincial en la que se manifestó que todo arbitraje debe responder en todo momento al desarrollo de una serie de principios procesales exigibles en el marco de la tutela efectiva. El arbitraje debe estar sometido al principio de legalidad.

“El arbitraje está sometido también al principio de legalidad en lo que toca al convenio arbitral, designación de los árbitros, procedimiento, emisión del laudo e incluso anulación del laudo mismo; ... El recurso de anulación trata, en definitiva, de estudiar si se han dado los presupuestos para que puedan entrar en juego el arbitraje y si el procedimiento en todo su ámbito

---

<sup>195</sup> J. Gimeno Beviá, “Retos del arbitraje internacional frente a la corrupción”, *Revista General de Derecho Procesal*, N°. 34, 2014.



se ajustó a la legalidad vigente; no olvidando, por último, que aquella Ley especial remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no tenga previsto y especialmente que sienta como principios del procedimiento, como no podría ser de otra forma, los esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes<sup>196</sup>.

El árbitro no puede de manera subjetiva pronunciarse a cerca de la posible pertinencia o utilidad de una prueba de corrupción, sino que en la medida de lo posible deberá falicitar la misma, al margen de si la filosofía personal de éste es contraria o permisiva con los actos de corrupción en el comercio internacional. En virtud del principio de legalidad al que se haya sometido, podrá admitir o denegar una prueba de corrupción de manera fundada y siempre sometido a lo que esté dispuesto por ley.

#### B) *TSA Spectrum De Argentina S.A. c. la República Argentina*

A pesar de los numerosos casos en los que la corrupción ha sido alegada, no siempre los tribunales han aceptado dictaminar a cerca de ésta. La primera de las opciones que adoptan los seguidores de esta última postura es la buscar si existe algún otro obstáculo relativo a su jurisdicción que no sea la corrupción alegada. A continuación, si existe otra excepción más evidente y de fácil carga probatoria, desestiman su jurisdicción y sin embargo en el supuesto de que no existiese ninguna otra excepción, entonces pasan a estudiar la alegación de corrupción como ya se hiciera en el caso *TSA Spectrum De Argentina S.A. c. la República Argentina* en la que en diciembre de 2008, el tribunal del Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) formado por tres árbitros, declinó su competencia sobre el caso *TSA Spectrum De Argentina S.A. c. La República Argentina*, por aplicación de la segunda cláusula del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, dicho tribunal, consideró necesario correr el velo societario y determinó que en el momento en que se presentó el consentimiento de las partes a someterse a su jurisdicción, la empresa TSA Spectrum de Argentina S.A., esta-

---

<sup>196</sup> SAP Alicante 26 febrero 1999.

ba bajo la dirección de un nacional argentino, por lo tanto no se encontraba bajo “control extranjero”, por lo que, el tribunal de arbitraje concluyó que no tenía jurisdicción para evaluar las reclamaciones que le fueron presentadas por la Demandante.

Thales Spectrum de Argentina S.A. (antes denominada “Thomson Spectrum de Argentina S.A.”; en lo sucesivo, “TSA” o la Demandante), es una sociedad constituida en la Argentina, y su vez, una sociedad subsidiaria bajo el completo control de TSI Spectrum International N.V. (en lo sucesivo, “TSI”), una sociedad constituida en los Países Bajos. Por otro lado, la Subsecretaría de Comunicaciones y a la Comisión Nacional de Comunicaciones de la República Argentina (en lo sucesivo, la “CNC”) fue el organismo argentino encargado por Decreto 1073/1992 del 30 de junio de 1992 de realizar un concurso para privatizar la administración, la gestión y el control del espectro radioeléctrico y para preparar el pliego de bases y condiciones de dicho concurso. TSA fue la ganadora de la licitación, por lo que el 11 de junio de 1997, TSA y la CNC celebraron un Contrato de Concesión, en el cual se establecía, que dicho Contrato tendría una vigencia de quince años, prorrogable por cinco más, a condición de que la Concesionaria cumpliera con sus obligaciones contractuales y reuniera los requisitos estipulados por la Comisión de Seguimiento del Concesionario. Igualmente, en dicho Contrato se estipulaba que TSA debía proporcionar servicios de administración, monitoreo y control del espectro radioeléctrico a la CNC que, a su vez, tenía la obligación de crear una base de datos unificada. Los objetivos consistían en el desarrollo de una política de gestión, planificación y atribución del espectro radioeléctrico; la asignación de frecuencias y el otorgamiento de licencias y concesiones; la aprobación de autorizaciones, especificaciones y estándares relacionados con equipos, así como la emisión de certificados de deuda para la ejecución judicial de deudas vencidas. TSA y la CNC tenían derecho a percibir un porcentaje específico de las tarifas mensuales que se cobraban en concepto de pago por los servicios y el uso del espectro. En el Artículo 29 del Contrato se establecía el sometimiento a dos jurisdicciones, la de los tribunales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal de la República Argentina sobre cualquier

cuestión vinculada directa o indirectamente con el objeto y efectos del Concurso y la de la Cámara de Comercio Internacional para las desavenencias que se derivasen del Contrato.

En enero de 2004, mediante la Resolución No. 242/04, la CNC declaró la caducidad del Contrato de Concesión y decidió que ella misma operaría las instalaciones y bienes objeto del Contrato. Las razones señaladas fueron las de un incumplimiento del Contrato en cuanto a la provisión de un sistema informático integrado y que había un enriquecido sin causa por parte de TSA. Como consecuencia de lo anterior, la Demandante, envió en marzo, y junio de ese mismo año, sendas cartas a la CNC con el objeto de que en base a tratados bilaterales de inversión (APPRI) suscritos por la República Argentina con Países Bajos, Francia y Alemania realizaran ambas partes negociaciones amigables con el fin de que la CNC revocara la finalización del Contrato de Concesión. Tras el silencio administrativo, mostrado por la CNC, TSA, notificó al Gobierno de la República Argentina, su intención de someterse a la jurisdicción del CIADI para que éste resolviera las diferencias surgidas entre las partes, igualmente, la Demandante, también notificó su decisión de interrumpir, con arreglo al Artículo 10(4) del tratado bilateral de inversión entre los Países Bajos y la República Argentina, los procesos administrativos iniciados ante la CNC y la Secretaría de Comunicaciones. No obstante lo anterior, en mayo de 2005, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios rechazó la apelación interpuesta por TSA contra la Resolución No. 242/04.

Paralelamente a estos sucesos, en julio de 2001 se presentó ante la Oficina Anticorrupción una denuncia penal. En octubre de 2004, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 7 de la Ciudad de Buenos Aires, sobreseyó parcialmente a algunos de los acusados, sin embargo, en noviembre de 2005, la Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala II, revocó dicho sobreseimiento parcial ordenando el procesamiento de altos directivos de TSA sin llegar a dictar prisión preventiva

En diciembre de 2004, TSA presentó solicitud de arbitraje ante el CIADI presentando las siguientes reclamaciones en base a la viola-

ción del APPRI y las Leyes argentinas: a) haber sufrido una expropiación a su inversión; b) no haber recibido un tratamiento justo y equitativo; c) la Demandada perjudicó la gestión, la operación, el mantenimiento, el uso, el goce, la expansión o la disposición de la inversión de TSA a través medidas irrazonables, y d) no brindó la protección a la inversión de TSA.

Las excepciones presentada por la Demandada fueron que: a) renunció en el Contrato de Concesión a cualquier tipo de arbitraje internacional en base al APPRI; b) que la Demandante inició el arbitraje ante el CIADI sin respetar las condiciones previas para dicho arbitraje, legalmente establecidas en el APPRI; c) que TSA no reunía los requisitos jurídicos haber podido beneficiarse de la protección como inversor extranjero en virtud del APPRI; y d) que la Demandante obtuvo su Contrato de Concesión mediante corrupción y por lo tanto, infringió las leyes argentinas y que, en consecuencia, no podía gozar de la protección del APPRI.

Hechas las reclamaciones y alegaciones por las partes, el tribunal examinó los distintos tipos de pruebas presentadas y concluyó lo siguiente sobre las cuatro excepciones ante él planteadas:

La República Argentina argumentó que según el Artículo 29 de Contrato de Concesión, y el Artículo 26 del Convenio del CIADI, dicho Centro carecía de jurisdicción para conocer del asunto. TSA por su parte, consideró que el CIADI era competente para conocer del conflicto, ya que en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI se establece claramente que se puede someter ante él una “diferencia de naturaleza jurídica” en base al APPRI y, será tarea del tribunal de arbitraje decidir, en cuanto al fondo, si los hechos efectivamente derivaron de violaciones al APPRI.

El tribunal concluyó que él era competente para conocer del caso, ya que en el Artículo 29 del Contrato de Concesión se establecía los derechos y obligaciones contractuales, derivados del mismo, y el APPRI, por el contrario establece derechos y obligaciones de diferente naturaleza y de carácter mucho más fundamental.

De hecho, el tribunal, declaró que si se permitiera que mediante una cláusula contractual se renunciase a la competencia y jurisdic-

ción del APPRI, se estaría otorgando a los Gobiernos, un instrumento jurídico, para que los Estados suscritos a los APPRI, pudieran claramente eludir las obligaciones en ellos contenidas.

tribunal de arbitraje observa que la interpretación de la Argentina, si se aplicara en forma general, posibilitaría que los gobiernos evadiesen las obligaciones impuestas por los tratados con respecto a asuntos importantes.

Por lo que, consecuentemente con todo lo anterior, no admitió la primera excepción a su jurisdicción.

“tribunal de arbitraje considera que, sin perjuicio del Artículo 29 del Contrato de Concesión y el Artículo 26 del Convenio del CIADI, TSA puede recurrir a las disposiciones sobre arreglo de diferencias del TBI en la medida en que el TBI no resulte inaplicable a TSA por otros motivos”.

La segunda de las excepciones presentadas por la República Argentina, fue que TSA había infringido el Artículo 10 del APPRI, al no haber respetado el límite temporal de dieciocho meses en el establecido antes de presentarse ante el CIADI.

TSA alegó que dicho límite temporal, era un requisito procesal y no jurisdiccional, por lo tanto en base a dicha argumentación no consideraba que debiera desestimarse su reclamación. Igualmente, indicó que dado que el Artículo 10(2) del APPRI permitía la posibilidad de elegir entre la vía de recursos administrativos o judiciales, consideraron más oportuno acceder a la vía judicial, ya que si hubieran acudido a la vía administrativa, ésta en ninguno de los casos, se habría pronunciado antes de los dieciocho meses establecidos.

El tribunal manifestó algunas dudas respecto a la interpretación realizada por TSA sobre el Artículo 10(2) del APPRI, no obstante, atendiendo al cómputo temporal del caso concreto, entre la desestimación del recurso de apelación presentado por TSA y los dieciocho meses preceptivos del Artículo 10 del APPRI, faltaban tan sólo tres meses. Por lo que concluyó que declinar su competencia en base a ese mero formalismo sería excesivo, máxime cuando en

el momento de tomar dicha decisión, ya había transcurrido el plazo necesario y la Demandante podría haber vuelto a replantear inmediatamente su solicitud de arbitraje ante el CIADI. Por todo ello, el tribunal no admitió esta segunda excepción a su jurisdicción.

“Ante estas circunstancias, y a pesar del hecho de que el procedimiento en el CIADI se inició prematuramente, el tribunal de arbitraje considera que ahora sería demasiado formal desestimar el caso sobre la base de que no se cumplieron las formalidades establecidas en el Artículo 10(3) del TBI, ya que un rechazo basado en esa causa no impediría, de ninguna manera, que TSA inicie inmediatamente un nuevo proceso de arbitraje ante el CIADI sobre la misma cuestión.

Por lo tanto, el tribunal de arbitraje concluye que el caso no debería desestimarse por falta de jurisdicción sobre la base de la segunda excepción interpuesta por la República Argentina”.

En su tercera excepción la Demandada alegó que el tribunal carecía de jurisdicción porque tal y como preceptúa el Artículo 25(2) (b) del CIADI, dicho tribunal solamente es competente para conocer de los conflictos surgidos entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante junto con el consentimiento de ambos. Y TSA se encontraba bajo el control efectivo de un nacional argentino por lo tanto no se encontraba en manos extranjeras, TSA no estaba controlada por una empresa de nacionalidad neerlandesa. Por ello, la República Argentina, solicitó del tribunal, que este corriera el velo societario, para poder comprobar, que una a vez sesgado dicho velo, quien se encontraba tras la personalidad jurídica de TSA, no era un empresario de nacionalidad neerlandesa. La Demandante apoyó esta solicitud en la línea jurisprudencial seguida hasta aquel momento por el Centro CIADI en el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania*<sup>197</sup> y el tribunal Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*.

---

<sup>197</sup> *Tokios Tokelés c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/02/18), Decisión sobre Jurisdicción del 29 de abril de 2004, párrafos 54-56, y Opinión Disidente del Presidente Prosper Weil, párrafo 23.

Por el contrario, la Demandante negó que su empresa estuviera dirigida por un nacional argentino y argumentó que TSA se encontraba sometida al control de TSI y cumplía tanto con los requisitos relativos a jurisdicción exigidos por el Artículo 25(2) (b) del Convenio del CIADI y los Artículos 1 b) (iii) y 10(6) del APPRI.

El tribunal por su parte, analizó en primer lugar el Artículo 25 del CIADI interpretando que en el mismo se distinguían claramente dos categorías de “nacional de otro Estado Contratante”

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”, “toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia” (...);

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

El tribunal Arbitral, dictaminó que el elemento extranjero era un punto crucial para enjuiciar su competencia, si TSA se encontrase bajo un “control extranjero” en el momento de entregar su consentimiento al CIADI, este era un límite objetivo a su jurisdicción infranqueable, por lo que dilucidar esta cuestión fue un objetivo primordial para establecer si este debía o no admitir la exclusión a su jurisdicción y por ello, concluyó que era totalmente necesario levantar el velo societario, instrumento jurídico anglosajón conocido como “*piercing the corporate veil*”<sup>198</sup> que le permitió al tribunal determinar si la sociedad estaba controlada por una o varias personas físicas nacionales del Estado parte en la diferencia. Tal y como

---

<sup>198</sup> J. Hurtado Cobles, *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamericana*, Barcelona, Atelier, 2009 pp. 23 ss.; J. Klabbbers, *An introduction to international institutional law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp.291

argumentó la Demandada, el CIADI ya había utilizado este instrumento jurídico anteriormente en el caso Tokios Tokelés<sup>199</sup> estableciendo que era legítimo levantar el velo societario con el fin de “prevenir abusos de los privilegios por parte de las persona jurídica y casos de fraude o malversación, proteger a terceras personas, como acreedor o comprador o para impedir la evasión de requisitos legales u obligaciones.

Finalmente, el tribunal concluyó, que a la vista de toda la información recopilada y de las pruebas presentadas por las partes, el último titular de TSA en el momento de prestar su consentimiento, era un ciudadano argentino llamado Jorge Justo Neuss. Por lo que, con independencia de cualquier interpretación del APPRI o del Artículo 25(2) (b) del Convenio del CIADI, al estar controlada TSA por un nacional argentino, y no existir por tanto un “control extranjero” sobre la misma, el tribunal declinó tener competencia sobre el caso, ya que el conflicto no era relativo a “inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”.

“En consecuencia, independientemente de qué interpretación se le dé al TBI celebrado entre la Argentina y los Países Bajos y su Protocolo, no se puede tratar a TSA, según el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, como un nacional de los Países Bajos debido a que no hay “control extranjero”. Por lo tanto, el tribunal de arbitraje no tiene jurisdicción para evaluar las reclamaciones de TSA.”

---

<sup>199</sup> *Vid. supra*, nota de pie de página 1 I”...*In particular, the Court noted, “[t]he wealth of practice already accumulated on the subject in municipal law indicates that the veil is lifted, for instance, to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance, to protect third persons such as a creditor or purchaser, or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations.”* Igualmente siguió esta tendencia en los casos: “o en los casos *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. Senegal* Caso CIADI No. ARB/82/1, Decisión sobre Jurisdicción del 19 de julio de 1984 y, más recientemente, de *African Holding Company of America y Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. la República del Congo*, Caso CIADI No. ARB/05/21, Laudo del 29 de julio de 2008.



La República Argentina, presentó una cuarta y última excepción a la jurisdicción del CIADI, alegó que en virtud del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, y el Artículo 1(a) del APPRI, la inversión realizada por la empresa TSA, no podía estar protegida por dicho Acuerdo ni someterse a la jurisdicción del CIADI porque no fue realizada de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante. La Demandada acusó a TSA de haber conseguido el Contrato de Licitación a través de medios ilegales, tales como el soborno y la corrupción. La Demandada aportó documentación de la Oficina Anticorrupción ante la que se presentó una denuncia criminal en julio de 2001; Si bien en un principio, se dictó un sobreseimiento parcial por la Cámara de Apelaciones, más adelante, en 2005, la Cámara y Correccional Federal, Sala II, revocó dicho sobreseimiento y se prosiguió con las investigaciones. En febrero de 2008, una serie de funcionarios públicos y altos directivos de TSA, entre ellos el SR. Jorge Justo Neuss, fueron acusados por delitos de sobornos a funcionarios públicos para la obtención de la adjudicación de la Concesión y cohecho. La República Argentina, apoyó su argumentación en la línea jurisprudencial seguida por el momento por el CIADI los casos de *World Duty Free Company Limited c. la República de Kenia*<sup>200</sup>, *Tokios Tokelés c. Ucrania*<sup>201</sup> e *Inceysa Vallisoletana, SL c. la República del Salvador*<sup>202</sup>.

TSA por su parte, negó la acusación de cohecho, y argumentó que dicha acusación, todavía no había sido probada. Y consideró inadecuado el inicio del procedimiento penal basado en una denuncia anónima. Asimismo, declaró que nunca sobornó a funcionarios argentinos ni elaboró unas bases y condiciones de Licitación hechas a su medida para asegurarse dicho Concurso. Por otro lado, denunció que la Argentina en ningún momento había demostrado mediante prueba fehaciente, alguna de las acusaciones vertidas sobre la Demandante y dado que las acusaciones que se estaban realizan-

---

<sup>200</sup> Caso CIADI N.º ARB/00/7, Laudo del 4 de octubre de 2006, párrafo 157.

<sup>201</sup> *Vid. supra*, nota de pie de página 1 del caso

<sup>202</sup> Caso CIADI N.º ARB/03/26, Laudo del 2 de agosto de 2006, párrafos 236, 240, 243 y 246.

do, exigen del Derecho la más “alta rigurosidad probatoria” no debían admitirse las mismas por el tribunal Arbitral por no cumplir con los estándares probatorios aceptados en el marco de un arbitraje.

El tribunal, observó que si bien era cierto que se estaba siguiendo un procedimiento penal por cohecho y corrupción contra TSA en la República Argentina, todavía no había recaído sentencia firme sobre dichas acusaciones y por lo tanto, en base a las pruebas tan enredadas, aportadas hasta aquel momento, por la Demandada y que el tribunal ya había declinado tener competencia sobre las reclamaciones presentadas por TSA, no estimó esta excepción a la jurisdicción. Sin embargo, el tribunal aclaró que de no haber existido su declinación de jurisdicción, en base a la tercera excepción, si habría estudiado y unificado esta cuarta excepción a su jurisdicción al fondo del asunto.

174. El tribunal de arbitraje observó que las investigaciones sobre los delitos en relación con la Concesión adjudicada a TSA se iniciaron en la Argentina. Dicho procedimiento se está llevando a cabo, pero aún no ha terminado. Dos personas asociadas con TSA –Neuss y D’Ancezune– fueron acusados por complicidad en el ejercicio indebido de cargo público, pero no se ha emitido sentencia, y la cuestión del cohecho todavía se está investigando.

175. El tribunal de arbitraje no encuentra motivos, sobre la base de los materiales disponibles, para sostener que la Concesión fue obtenida ilegalmente, por lo que tampoco puede argumentar que no está protegida por el TBI. Por otro lado, las investigaciones y los procedimientos iniciados en la Argentina todavía se están llevando a cabo.

176. Si no hubiera habido otro obstáculo relativo a la jurisdicción en el presente caso, el tribunal hubiera decidido unificar la cuarta excepción a la jurisdicción al fondo del caso. Sin embargo, debido a que el tribunal ya había concluido que el caso debía desestimarse debido a otra excepción a la jurisdicción, las preguntas planteadas en la cuarta excepción a la jurisdicción no son concluyentes para el resultado del caso.

Si observamos la tendencia jurisprudencial que ha mantenido el tribunal del CIADI en los últimos años sobre las acusaciones de corrupción, comprobamos que cada vez es más exigente ante este tipo de manifestaciones, porque tal y como él mismo manifestó,

“cada vez es mayor la cantidad de casos en los que se están denunciando prácticas corruptas, y por ello, para evitar este tipo de argucia jurídica, ha venido exigiendo que las pruebas sean contundentes.”<sup>203</sup>

El abuso de poder puede realizarse tanto por parte de un funcionario público o por parte del Estado, pero también existe el abuso del Derecho, así quedó de manifiesto en el caso *Phoenix c. República Checa*<sup>204</sup>, En diciembre de 2002, la empresa Phoenix Action Ltd compró dos empresas que se dedicaban a las aleaciones de hierro: Benet Praha, Spol (en adelante BP) y Benet Group (en adelante BG) y dos meses después, marzo de 2003, solicitaría arbitraje ante el CIADI en base al APPRI firmado entre Israel y la República Checa.

La demandada, considera que las compras de las empresas BG y BP fueron realizadas por Phoenix Action cuando estas se encontraban incurso en un procedimiento penal por delitos evasión de impuestos entre otros cargos así como de “corrupción y crímenes financieros”. A lo que la demandante alega que el comportamiento de la demandada es el de una “denegación de justicia”

La República Checa considera que la compra de las dos empresas, fue una inversión realizada por la demandante con “mala fe”. Así como que la compra de las empresas Benet fue un simulacro de compraventa para que al final dichas empresas pasaran al poder de la esposa y la hija del Sr. Benet.

---

<sup>203</sup> *TSA Spectrum De Argentina S.A. c. la República Argentina* caso CIADI No. ARB/05/5 en el que el tribunal concluyó en este sentido: “176. Si no hubiera habido otro obstáculo relativo a la jurisdicción en el presente caso, el tribunal hubiera decidido unificar la cuarta excepción a la jurisdicción al fondo del caso. Sin embargo, debido a que el tribunal ya había concluido que el caso debía desestimarse debido a otra excepción a la jurisdicción, las preguntas planteadas en la cuarta excepción a la jurisdicción no son concluyentes para el resultado del caso”. *Vid.* A. M. Sáez Crespo, “No admisión a la excepción de la jurisdicción del CIADI por corrupción y cohecho por falta de Sentencia firme y por existir otra totalmente concluyente”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, No. 3, 2009, pp. 797-804.

<sup>204</sup> Caso CIADI No. ARB/06/5. Laudo de 15 abril 2009.

De hecho el tribunal consideró que a la vista de las pruebas, en realidad, más que una inversión internacional, de lo que se trataba era “simplemente de una reorganización de activos dentro de un clan familiar, para de esta manera, llegar a tener acceso a la jurisdicción del CIADI, a la que el inversor inicial carecía de dicho derecho”. De esta manera la demandante había convertido una disputa comercial nacional en internacional.

*“...simply a rearrangement of assets within a family, to gain access to IC-SID jurisdiction to which the initial investor was not entitled”*

Para resolver definitivamente, si la inversión había sido realizada conforme a las reglas del Convenio del CIADI, el tribunal Arbitral decidió que dado que el Convenio CIADI no define el concepto exacto de que es inversión sería el propio tribunal quien resolvería esta cuestión aplicando el método llamado “prueba Salini” o “Salini Test” el cual establece cuatro criterios para saber si una inversión se ajusta al marco del CIADI.

Los criterios de búsqueda fueron: que existiera un desembolso de dinero u otros bienes de valor económico, que tengan una duración determinada, que exista cierto riesgo en dicha inversión y por último que contribuya en el beneficio del desarrollo del Estado de acogida. A demás de estos cuatro criterios, el tribunal añadió dos más, el de que la inversión se hubiera realizado de buena fe y de acuerdo con las leyes del Estado receptor.

Según el tribunal, respecto del primer criterio, consideró que a primera vista, las dos compañías cumplían el requisito y tenía por lo tanto el aspecto de una inversión extranjera y por lo tanto acogida en el marco del CIADI y la protección del APPRI.

*“In other words, the acquisition of the two companies of the host State by a foreign company, Phoenix, can be considered, prima facie, as looking like a foreign investment.*

El criterio de tener intención de duración temporal, el tribunal consideró que el periodo debería ser al menos de dos años, y en

principio Phoenix no tenía intención de cumplir con este requisito, sin embargo, si hubiera cumplido con el resto de los requisitos, este carecía de importancia y se podría haber obviado, y aún así podría haber considerado que existía inversión.

*“The tribunal is therefore not convinced that this element of duration constitutes a bar to the qualification of the purchase of BP and BG as an apparent investment, if all other elements of the definition of an investment are satisfied.”*

El tercer criterio de la prueba Salini, el verificar si existió riesgo en la inversión realizada por Phoenix al comprar las dos compañías BG y BP, no fue muy concluyente, ya que al haber sido liquidadas las dos empresas, el tribunal carecía de pruebas y elementos objetivos suficientes para dictaminar si había existido riesgo o no por ello procedieron al siguiente criterio.<sup>205</sup>

*“Overall, the tribunal concludes so far that there are not sufficient objective elements to disqualify the existence of an apparent investment under the Washington Convention in this case, as there was clearly possession, during approximately six years, by an Israeli company of equity in two Czech companies, which according to the Claimant involved a risky operation. But this is not the end of the inquiry. “*

El cuarto criterio, fue el que el determinar si la inversión para ser desarrollada dentro del país de acogida, consideró que carecía de suficientes pruebas para pronunciarse.

Respecto a si la inversión había sido realizada conforme a las leyes de la República de Checa, el tribunal aceptó que si bien hubieron importantes actividades mercantiles realizadas por las empresas

---

<sup>205</sup> Sobre los riesgos y oportunidades de la inversión, *Vid. Sedelmayer c. Federación Rusa*, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, laudo de 7 de julio de 1998. *“It must be presupposed, however, that investments are made within the frame of a commercial activity and that investments are, in principle, aiming at creating a further economic value”*.

BG y BP, y ninguna de ellas fue contrarias a las leyes del Ordenamiento Jurídico checo.

*“This question can be disposed of very quickly. In the present case, there is no violation of a rule of the Czech Republic legal order, and not even of the principle of good faith as embodied in the national legal order, as it has not been contended that the acquisition was against Czech laws, or was performed with dissimulation or otherwise contestable methods. Phoenix duly registered its ownership of the two Czech companies in the Czech Republic. The investment could certainly be considered as an investment under the Czech legal order.”*

Sobre el principio de Buena fe, el tribunal concluyó que aunque a primera vista, la inversión realizada por Phoenix, parecía estar protegida por el APPRI, en realidad no fue así, sino que todas las pruebas les condujo a una misma conclusión, había existido un abuso de derecho por parte de la demandante, un abuso al que el tribunal conceptuó de “desviación del procedimiento” la cual consistió en la creación de una ficción jurídica, por parte de la demandante con el fin de poder acceder a un arbitraje internacional al que legalmente no tenía derecho alguno. Tal y como ya indicó el CIADI en el caso *Inceysa Vallisoletana S.A.*,

“En el ámbito contractual, buena fe significa ausencia de engaño y artificio durante la negociación y ejecución de instrumentos que dieron origen a la inversión”.

Por ello el tribunal decidió que la iniciación y la consecución de este arbitraje fueron a través del engaño y el artificio, fue un ejercicio de abuso del sistema internacional de arbitraje CIADI. El tribunal en su momento se declaró competente para conocer de cualquier reclamación realizada por las partes, por ello también lo estuvo para realizar un “análisis de la protección de inversiones en virtud de los Tratados Internacionales y por ello, también estuvo cualificada para entrar en el fondo del asunto. Por ello concluyó que no podía permitir la manipulación que había hecho la demandante sobre la jurisdicción del CIADI y los APPRI ya que de permitir dichos abusos, habría supuesto ir contra el Convenio CIADI y dichos

APPRI y el tribunal se aseguró de no proteger las inversiones nacionales disfrazadas de inversiones internacionales para únicamente poder acceder a este mecanismo de solución de disputas.

*“Such transfer from the domestic arena to the international scene would ~ facto constitute a “Protected investment” and the jurisdiction of BIT and ICSID tribunals would be virtually unlimited. It is the duty of the tribunal not to protect such an abusive manipulation of the system of international investment protection under the ICSID Convention and the BITs. It is indeed the tribunal's view that to accept jurisdiction in this case would go against the basic objectives underlying the ICSID Convention as well as those of bilateral investment treaties. The tribunal has to ensure that the ICSID mechanism does not protect investments that it was not designed for to protect, because they are in essence domestic investments disguised as international investments for the sole purpose of access to this mechanism”.*

El tribunal declinó tener jurisdicción sobre la solicitud del demandante por no estar protegidas las inversiones realizadas por dicha parte ni por el Convenio CIADI ni bajo el APPRI celebrado entre Israel y la República Checa sino que son las leyes nacionales de República Checa.

Por todo ello el tribunal Arbitral condeno a todas las costas ocasionadas por ambas partes, USD\$356 000, por costas de honorarios y procedimiento arbitral, USD\$1 millón por los asesores legales de Phoenix Action y USD\$1.6 millones por los de la República Checa.

En mi opinión, la parte demandante, cometió una serie de ilegalidades, contrarias a la moral, orden público internacional y a las leyes de cualquier país civilizado. Por un lado, la maniobra legal de alzamiento de bienes, realizada por la parte demandante, de transferir bienes a su nombre al de su esposa e hija, ya que él se encontraba incurso en un procedimiento penal, por corrupción e invasión de impuestos, y por otro lado, el convertir una inversión de carácter nacional, sometidas a las leyes nacionales, a una inversión internacional, protegida por las leyes internacionales, entre ellas el Convenio CIADI y los APPRIs, si el tribunal Arbitral, no hubiera declinado su jurisdicción y competencia, habría supuesto una vía ili-

mitada para realizar prácticas corruptas revestidas de legalidad internacional.

En diferentes prácticas arbitrales, pero siempre siguiendo esta última tendencia arbitral, los tribunales, únicamente estudian la alegación de corrupción cuando ésta ha quedado debidamente acreditada. Algunos de los laudos en este sentido pueden ser los de los casos *Duty Free Company Limited c. República de Kenia*<sup>206</sup> en el que el Estado receptor, alegó que el contrato de inversión había sido obtenido mediante pago de sobornos a funcionarios públicos y la parte demandante admitió haberlos realizado. Más recientemente, otro tribunal en el caso de *Metal-Tech Ltd c. República de Uzbekistán* resolvió que la inversión realizada por la demandante había sido obtenida mediante corrupción por lo que ante las evidencias de las pruebas, el tribunal tuvo que declinar su jurisdicción en base a que tales actos excluían los derechos que pudiera tener la demandante a acceder al arbitraje internacional.

Los tribunales arbitrales son conscientes de que cada vez más a menudo existen, alegaciones de corrupción realizadas por la parte demandada con la intención de excluir la jurisdicción de los tribunales, sin embargo, y en base a esta tendencia de legalidad por parte de los árbitros, y a pese a poder favorecer a alguna de las partes, se mantienen en la búsqueda de la “promoción del Estado de Derecho” lo cual implica que ningún órgano jurisdiccional puede conceder apoyo a nadie que haya participado en un acto de corrupción, siempre y cuando dicha manifestación de existencia de corrupción haya quedado legalmente corroborada.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> *Duty Free Company Limited c. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/00/7

<sup>207</sup> En este sentido “...the conclusion that the claims are barred as a result of corruption, the tribunal is sensitive to the ongoing debate that findings on corruption often come down heavily on claimants, while possibly exonerating defendants that may have themselves been involved in the corrupt acts. It is true that the outcome in cases of corruption often appears unsatisfactory because, at first sight at least, it seems to give an unfair advantage to the defendant party. The idea, however, is not to punish one party at the cost of the other, but rather to ensure the promotion of the rule of law, which entails that



Los análisis demuestran que, son los propios Estados receptores los que alegan la corrupción, pero los tribunales en aplicación de la llamada “doctrina de las manos limpias”<sup>208</sup> no deben permitir que aquél que ha cometido un ilícito internacional se beneficie de ello. Algo muy similar sucede con el término de la “buena fe”<sup>209</sup>. Los árbitros no están dispuestos a permitir la corrupción como una defensa del Estado receptor, cuando éste no ha actuado de buena fe, ya sea porque sus propios funcionarios han incurrido en actos de corrupción, pero pese a estos problemas, los tribunales que siguen

---

*a court or tribunal cannot grant assistance to a party that has engaged in a corrupt act”.*(Caso *Metal-Tech c. República de Uzbekistan*).

<sup>208</sup> El principio “quien procura una reparación por vía de equidad debe venir con las manos limpias”, ha sido formulada, por algunos juristas de destacado renombre internacional, como un Principio General del Derecho (en el sentido del art. 38.1º.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). En este sentido ver el Caso de *Desviación de Aguas desde el río Mosa*, (Holanda c. Bélgica, 1937, Corte Permanente de Justicia Internacional (Series A / B) No. 70, 4, 77 (Hudson J); principio muy similar al utilizado en el caso *relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América) 1984, tribunal Internacional de Justicia, Rep. 392, fallo 27 de junio de 1986. En el que dicha Corte privó a Nicaragua de tener legitimación activa para presentar una reclamación contra los Estados Unidos de América por haber estado realizando actos de corrupción. No obstante lo anterior, el alcance y contenido de esta doctrina llamada de las “manos limpias” sigue siendo algo inestable tal y como ha quedado recogido en el caso *Niko Resources (Bangladesh) LTD. c. La República de Bangladés, Bangladés Petrolera, exploración y producción Sociedad Limitada (BAPEX) y Corporación Bangladés Gas y minerales*, casos CIADI .No. ARB/10/11 y Caso No. ARB/10/18. Vid. A. P. Llamzon y A. Sinclair “Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct”, en *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA International Arbitration Congress series No. 18 (Albert Jan van den Berg (ed.), Kluwer, 2014.

<sup>209</sup> “La doctrina de las manos limpias es muy similar al principio de buena fe, este último se consagra como un principio general del derecho, por el que nadie se puede beneficiar de su propia conducta ilícita. Vid. A. Shapovalov, “Should a Requirement of “Clean Hands” Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission’s Debate”, *Am. Univ. Int’l L. Rev.*, vol. 20, 2005, pp. 830-845.

esta tendencia de legalidad, dejarán que sean las propias pruebas las que determinen la existencia o inexistencia de corrupción.

En otros casos esta corriente ha observado que la alegación de corrupción no ha sido más que una mera estrategia calculada para imputar a la contraparte de una acusación falsa de corrupción, para de este modo desacreditar o poner en duda su credibilidad para así eludir el laudo arbitral. Prueba de esto son las abundantes denuncias que son enviadas sumariamente por los árbitros, indicando que son meras acusaciones sin fundamento y sin prueba alguna<sup>210</sup>.

### *5. Balance de las tendencias de los tribunales arbitrales*

Hemos identificado que si bien durante mucho tiempo podemos decir que han existido dos tipos de actitudes o tendencias predominantes que han venido adoptando los árbitros ante un supuesto de corrupción durante un arbitraje internacional. Debemos decir que los últimos 10 años los tribunales arbitrales han intentado despojarse de sus posturas ideológicas acerca de la corrupción en beneficio de la legalidad.

La primera actitud, sería aquella que condena la corrupción, justificando dicha conducta como algo reprochable moralmente y por lo

---

<sup>210</sup> El profesor Thomas Wälde en su opinión separada en el caso de Thunderbird c. México (International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos) NAFTA bajo las reglas de UNCITRAL realizó una reflexión sobre la posibilidad de que los árbitros permiten acusaciones de corrupción para impactar subjetivamente en su decisión arbitral y nos habla de los peligros de tal enfoque. En esta misma línea de razonamiento podemos consultar el caso *Lucchetti c. Perú* (*Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. c. La República del Perú*, caso No. ARB/03/4 (también conocido como: *Industria Nacional de Alimentos, A.S. e Indalsa Perú S.A. c. La República del Perú*), en fase de anulación en la que pese a haberse admitido la excepción alegada por la parte de no tener el tribunal jurisdicción por *ratione temporis*, el tribunal comentó sobre la posible existencia (“amplia evidencia”) de corrupción pese a que dichas alegaciones no habían prosperado por aceptarse otra de las excepciones presentadas.

tanto, pretende reprimir cualquier manifestación de prácticas corruptas.

La segunda de las actitudes, es la opuesta a la anterior y la conducta generalizada es de indiferencia ante la corrupción, justificándola en una serie de consideraciones, que van desde la diversidad cultural al principio de autonomía de las partes.

La tercera sería la más legalista, en la que las alegaciones de corrupción únicamente prosperan si han sido demostradas mediante medios de prueba que no permita duda alguna de que ésta ha existido. El proceso y los medios de prueba son los que llevarán al tribunal a emitir un laudo que admita de la existencia de corrupción, dejando al margen la postura subjetiva o filosófica personal de cada árbitro.

Estas posturas, lógicamente, influyen en la formación de la actitud que adopta un árbitro cuando se enfrenta ante un caso de corrupción. Su posición inicial va a ser importante porque va a influir en la dirección por la que va a discurrir el proceso arbitral y lo que es más trascendental, qué decisión va a tomar. Dicha postura es el resultado de un adoctrinamiento y una experiencia personal. Los hechos que se muestren ante él harán que adopte una postura que se reflejará en el modo en que va a abordar la corrupción en el arbitraje.

Cuando nos encontremos en una pluralidad de árbitros, todos ellos miembros de un tribunal arbitral, si sus posturas sobre esta materia son diferentes, con toda seguridad serán propensos a chocar en el camino que debe discurrir el caso. Se puede decir, que tal choque permanecería infatigable como la deliberación en relación con el caso particular. Esto nos indica que la propia postura inicial de los árbitros con respecto a la corrupción nos va a indicar qué solución arbitral van a alcanzar. No obstante lo anterior, este estudio no pretende más que mediante esta observación llegar a identificar cuáles son las actitudes predominantes en resoluciones arbitrales en la lucha contra la corrupción. Tampoco se realiza este análisis para predecir cuál será el resultado de un caso de corrupción analizando la posición doctrinal del árbitro con respecto a la corrupción sino únicamente se pretende dar una explicación a la apa-

rente contradicción de soluciones arbitrales en materia de corrupción.

## **VI. Responsabilidad de los Estados por actos de corrupción**

### *1. De la cuestión de la responsabilidad internacional*

Hasta el momento hemos analizado el papel que juegan las partes de un contrato internacional, comercial o de inversiones y un tribunal arbitral. Sin embargo, un punto de vista interesante, sería la interacción que podría existir entre el Derecho internacional y el arbitraje de inversión en la lucha contra la corrupción en la que debe ponerse de manifiesto e incluso considerarse la responsabilidad del Estado cuando éste ha sido una de las partes que ha actuado mediante corrupción en una inversión internacional y posteriormente ha acudido ante un tribunal arbitral a resolver sus litigios con la otra parte. Este es un punto de vista interesante, ya que abarca todas las áreas sustantivas del Derecho internacional.

Dentro del arbitraje internacional, hemos comprobado que cualquiera de las partes puede ser responsable de un acto de corrupción, ya sea porque una de ellas ha participado libremente en la entrega de dinero (en efectivo o transferencia a una cuenta numerada en un paraíso fiscal), para que un funcionario público de mayor o menor rango, realice un acción gubernamental que beneficie al primero. Este tipo de intercambio sería un ilícito de carácter privado. Sin embargo, debemos contemplar la idea de que un Estado puede al menos en principio ser responsable de los actos de corrupción llevados a cabo por sus funcionarios públicos.

La cuestión de la responsabilidad internacional incorpora no sólo cuestiones de imputabilidad, sino también cuestiones importantes relacionadas con el ámbito de aplicación de las leyes sustantivas contra la corrupción internacional y en qué medida los propios actos de un Estado pueden limitar o anular su capacidad para poder alegar la existencia de corrupción como un medio de defensa (renuncia o aceptación) ante las reclamaciones de la otra parte. En es-

te apartado trataremos de encontrar algunas respuestas a estas preguntas, aunque posiblemente dichas respuestas no sean tan claras o directas como debieran.

La responsabilidad del Estado<sup>211</sup> por actos ilícitos llevados a cabo por sus funcionarios públicos es una premisa fundamental, no sólo desde la perspectiva de la ley internacional sobre una inversión extranjera, sino de todas las relaciones internacionales<sup>212</sup>

Pese al floreciente auge de las alegaciones sobre la corrupción en el arbitraje de inversión, poca atención ha sido mostrada al Derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado, en particular, en qué grado pueden ser el Estado receptor responsable de los actos de corrupción de sus funcionarios públicos.

---

<sup>211</sup> Vid. R. Ago, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU ha realizado interesantes informes y codificación sobre la responsabilidad internacional de los Estados entre dichos informes podemos señalar que: “si se intenta...para negar la idea de la responsabilidad del Estado, ya que supuestamente entra en conflicto con la idea de soberanía, uno se ve obligado a negar la existencia de un orden jurídico internacional”. Vid. Documentos A/CN.4/217 y Add.1 : Primer informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial—Reseña histórica de la obra realizada hasta la fecha en lo que respecta a la codificación del tema de la responsabilidad internacional de los Estados, *Anuario de la comisión de Derecho Internacional*, vol. I, 1969, pp. 130-164 y el Tercer Informe sobre la responsabilidad del Estado, *ILC Yearbook* (1971), 199, 205, párrafo. 31.

<sup>212</sup> Vid. I. Brownlie *System of the Law of Nations: State Responsibility Part I*, *op. cit.*, en el que se hace referencia a: “... en las relaciones internacionales, al igual que en otras relaciones sociales, la invasión de los intereses legales de un sujeto de la ley por otra jurídica que crea responsabilidades en diversas formas... la idea esencial de la responsabilidad es simple y tiene su base tanto en el pensamiento religioso como en la moralidad secular y se concreta en la idea de que la ley es el trabajo a domicilio, es la idea de responsable dicho en cualquier idioma. En consecuencia, la responsabilidad debe ser entendida como un elemento inherente a toda comunidad en base a un sistema —percibido como tal, sin embargo algo difuso- moral, religioso o ley o varios de ellos a su vez subsumidos”; citado por A. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, *op. cit.*, [10.02]

Pese a la existencia de estos principios sobre la responsabilidad de los Estados, los tribunales arbitrales de inversión, no tienen del todo en cuenta las alegaciones presentadas por los inversores extranjeros sobre la posibilidad de responsabilizar al Estado por un realización de un hecho ilícito, como lo es la corrupción, aun cuando estos denuncian de la existencia de corrupción en el sector público como un obstáculo para poder hacer negocios en los países en vías de desarrollo<sup>213</sup>.

## *2. Trato de asimetría o diferencia entre las partes por actos de corrupción*

En el ya analizado *World Duty Free*, nos muestra un ejemplo clarificador de la asimetría o diferencia de trato que se está dando a los actos de corrupción realizados por empleados o intermediarios de una empresa inversora extranjera, de los actos desempeñados por funcionarios públicos del Estado de acogida, en la que la corrupción casi nunca parece comprometer la responsabilidad del Estado. Pese a la proclamación del principio de que “todos los actos

---

<sup>213</sup> Vid. V. Bajaj, Corruption, “Corporate Battles Scaring Away Foreign Investors?”, *NY Times*, 1 March 2011, reprinted at <http://www.deccanherald.com/battles-scaring-away.html>; (accessed 4 March 2013): Reportero del New York Times, nos relata a través de su artículo de investigación como los inversores extranjeros últimamente se han atemorizado por los abundantes escándalos de corrupción en los Gobiernos indios. Pese al impresionante crecimiento de los últimos años en India, las inversiones extranjeras han descendido más del 31% en 2010, debido a la ineficacia y la interminable burocracia de este país pero sobre todo al escándalo de corrupción en la licitación sobre comunicaciones inalámbricas: “*Despite India’s stunning growth, foreign businesses and investors have started looking elsewhere. Foreign direct investment in India fell more than 31 per cent, to \$24 billion, in 2010 even as investors flocked to developing nations as a group. [...] While inefficiency and bureaucracy are nothing new in India, analysts and executives say foreign investors have lately been spooked by a highly publicized government corruption scandal over the awarding of wireless communications licences*”.

internacionalmente ilícitos, cometidos por funcionarios público (con más razón un cabeza de Estado), son atribuibles al Estado y por lo tanto potencialmente se exponen y comprometen a dicha responsabilidad internacional.

El tema de la responsabilidad internacional, por parte de los Estados receptores, sobre sus actos de corrupción cometidos por sus funcionarios públicos es una investigación legal que ha planteado una serie de cuestiones importantes sobre materias tales como la política y la equidad sobre el principio de responsabilidad.

Poca cabida encontrará en el orden jurídico internacional cualquier inversionista que se haya demostrado que se ha valido del pago de un soborno para iniciar una inversión o para poder mantenerla.

La gran mayoría de los casos de arbitrajes de inversión en los que se ha alegado corrupción, el resultado que más significativamente aparece es el de sancionar a los inversores que han admitido cometer corrupción, dicho reconocimiento está suponiendo que el laudo que dicta los tribunales deniega todas las reclamaciones y pretensiones presentadas por el inversor. La naturaleza de tal conclusión tiene su base en que la inversión se realizó, generalmente, de manera contraria a la ley nacional y al APPRI que hubiesen firmado el país receptor y el país de la empresa extranjera que pretende realizar la inversión, ya que procesalmente se deniega la jurisdicción de un tribunal arbitral debido a la cláusula de “legalidad”<sup>214</sup>. Lo que provoca que se tenga por nula la inversión y sin consecuencias, ya sean contractuales o cuasi delictual para los funcionarios públicos

---

<sup>214</sup> El requisito de que las inversiones no se realicen en contravención de las leyes nacionales está firmemente arraigada en los tratados bilaterales de inversión, como el TIB Alemania-Filipinas, que establece: “el término” inversión “significa cualquier tipo de ventaja debe de ser aceptada de conformidad con las respectivas leyes y reglamentos de cualquiera de los Estados contratantes ... “(art. 1 (1)) ‘Cada Estado contratante ... admitirá dichas inversiones de conformidad con su Constitución, las leyes y los reglamentos ...’ (art. 2 (1)).



implicados en el acto de corrupción<sup>215</sup>. Tal régimen sancionador lleva a la conclusión implícita de los Estados receptores no son intencionadamente responsables de la corrupción de sus funcionarios públicos.

El potencial riesgo moral de obtener este tipo de “triumfos” en los procedimientos arbitrales, que parece exonerar a los Estados de acogida, no únicamente de los actos de corrupción, sino de todas las supuestas violaciones de los Tratados de inversión, no ha escapado de la atención de los árbitros<sup>216</sup> y de los comentaristas<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> Vid. *World Duty Free*.

<sup>216</sup> Vid. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas* en la opinión disidente de Bernardo Cremades de 16 de agosto de 2006, párrafos 37-38: en la que el árbitro hace una referencia a la legalidad de la conducta de la demandante diciendo que si esta es una cuestión de competencia, así como la legalidad de la conducta del demandado es una cuestión de fondo, entonces el anfitrión Estado demandado se coloca en una posición de poder. En la frase bíblica, el tribunal debe examinar primero la paja en el ojo del inversor y diferir, y tal vez no abordar la viga en el ojo del Estado anfitrión. Tal enfoque no respeta los principios fundamentales de procedimiento”. (traducción propia).

<sup>217</sup> Vid. A. Llamzon, “The Control of Corruption Through International Investment Arbitration: Potential and Limitations” *American Society of International Law (ASIL)* 102, 2008, pp. 208, 210.: [*World Duty Free v. Kenya*] highlights the growing trend on the part of host states to raise the issue of corruption as a defense to claims of unlawful treatment and contractual breach by investors. Often pleading the corruption of a previous regime, host states increasingly ask arbitrators to consider corruption a complete defence to a dispute by dismissing claims or invalidating contracts entirely. There are potential moral hazards involved in allowing host states to insulate themselves from otherwise legitimate obligations to investors due to past bribery. In order to claim corruption as a complete defense, it seems only fair to require the host state to demonstrate that it has actively sought the prosecution of the offending public official and the recovery of the bribe; otherwise, lack of genuine interest in combating corruption may be inferred and lend credence to an estoppel claim. Vid. C. Miles, “Corruption, Jurisdiction and Admissibility in International Investment Claims” *J. Int’l Disp.* 2012, 1, pp. 24–5; R. Z. Torres-Fowler, “Undermining ICSID: How the Global Anti-bribery Regime Impairs Investor-State Arbitration” *Vand. J. Int’l L.* 52, 2012, pp. 995, 1038: (‘Despite the obvious levels of culpability by the foreign investors themselves, it seems

Existe un alto nivel de exigencia en cuanto a la virtud y vigilancia por parte de los inversores, de las posibles fechorías de los agentes públicos e intermediarios, pero no se requiere dicho comportamiento u otro similar a los Estados receptores, que generalmente son recompensados por las violaciones que han realizado sus funcionarios de mayor o menor cargo. Y no existe una demanda correlativa de esos funcionarios exigiendo que sean procesados y llevados a rendir cuentas. Esto se debe por un lado, en gran medida a que, en la gran mayoría de las ocasiones, cuando un Estado alega que un contrato se ha obtenido mediante sobornos, el Gobierno que se benefició de dichos pagos ya no está en el poder y por lo tanto es fácil implicar como parte al antiguo régimen corrupto)<sup>218</sup> y por el otro, los tribunales arbitrales carecen de poder coercitivo y de jurisdicción para entender de materias administrativo-penales.

Esta unilateralidad sería, por lo tanto, la que tiende a debilitar la promoción de los buenos Gobiernos y la protección del inversor, principios y políticas fundamentales que inspiran los Tratados de inversión.

### *3. Obligaciones y responsabilidades de un Estado en el Arbitraje internacional de inversiones*

#### A) El arbitraje de inversión como un “subsistema” de la responsabilidad del Estado

Lo anteriormente indicado, no significa, que la totalidad de los referidos Artículos sobre la responsabilidad internacional del Esta-

---

*hardly equitable to allow a host state engaging in acts of bribery or corruption to remain unaccountable themselves. Moving forward, arbitral tribunals should consider relative levels of culpability and apply standards of contributory fault when assessing a corruption defense. The result would not only result in more equitable outcomes, making the arbitral regime a more palatable dispute resolution mechanism for investors, but might additionally further the Global Anti-bribery Regime by penalizing both investors and host states that supply and demand illicit payments.’)*

<sup>218</sup> Vid. A. Llamzon, Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, op. cit., [10.07]

do pueda ser, *mutatis mutandis*, trasladada de manera íntegra al plano inversor-Estado.

Como ya se ha indicado, la Ley sobre la responsabilidad del Estado, originariamente no fue redactada ni concebida para hacer frente a la naturaleza “mixta” de la relación que existe entre las partes de un arbitraje de inversión, y el Derecho internacional clásico sobre la responsabilidad del Estado fue desarrollada en gran parte mediante las sentencias y decisiones internacionales sobre materia de maltratos recibidos por extranjeros en un Estado o sobre adquisición de la propiedad de un extranjero de un Estado, en vez de los errores típicos cometidos mediante las transacciones comerciales<sup>219</sup>.

El arbitraje de inversión, por lo tanto, ha sido descrito por algunos autores como un “subsistema”, o dicho en otras palabras, un sistema especializado, de la responsabilidad del Estado. Donde las obligaciones secundarias generadas por la aplicación de la responsabilidad del Estado en las controversias entre inversores y Estados pueden adoptar a veces un especial carácter jurídico tipo *vis a vis*, en el que las obligaciones secundarias son aplicadas generalmente en el plano interestatal, mientras que la ILC fue concebida para cubrir<sup>220</sup>.

Existen unas diferencias obvias entre las entidades involucradas y las bases para obtener la competencia dentro del régimen del arbitraje de inversión entre Estados e inversores, para conocer de sus diferencias en este carácter denominado *vis a vis*, pero la más importante, es quizás, que a diferencia de las disputas interestatales donde las prerrogativas de soberanía de un Estado y las incursiones percibidas en la soberanía de otro Estado a menudo se centran en la interferencia de dichas soberanías, aspectos estos que no forman parte de las controversias que se resuelven dentro del arbitraje de inversión<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1994, p. 152

<sup>220</sup> Z. Douglas, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, *British Y.B. Int’l L.*, nº 74, 2003, pp. 151, 184–93.

<sup>221</sup> Z. Douglas, “Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration”, en *The Law of International Responsibility* J. Crawford et al.

Los acontecimientos recientes sobre el arbitraje entre Estados, relativos a la interpretación y aplicación de los tratados de inversión<sup>222</sup> presentan muchos matices más que las que hemos podido mostrar mediante estas observaciones, sin embargo, desdibujan aún más la categorización de arbitraje de inversión como un “subsistema” de la referida Ley sobre la responsabilidad del Estado.

En cada área sustantiva del Derecho internacional, los mecanismos específicos establecidos para la participación de la responsabilidad internacional, a veces puede ser necesario cambiar la aplicabilidad de las normas secundarias previstas en los artículos previstos en la ILC<sup>223</sup>.

---

(eds.), Oxford University Press, 2010, pp. 815, 819, citando a W. Riphagen, “State Responsibility: New Theories of Obligation in Interstate Relations”, en *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, R. McDonald y D. Johnston (eds.), Martinus Nijhoff, 1983, p. 593 “A diferencia del ámbito o esfera tradicional del Derecho internacional público, las obligaciones creadas en los regímenes especiales que involucran actores no estatales, tales como el ámbito de los inversores / Estado del Convenio del CIADI, “no se basan simplemente en la separación de los Estados, y en consecuencia no se centraron en el ejercicio de la soberanía anti-paralela por la interferencia de un Estado en la soberanía de otro Estado ... “).

<sup>222</sup> La Corte Permanente de Arbitraje en el caso de inversión administrada entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América en virtud del Ecuador en Estados Unidos Tratado Bilateral de Inversiones, en busca de la interpretación de una de las disposiciones de protección de los inversores de ese tratado (art. II (7)), es un ejemplo de la aparición de esta nueva forma extraña o poco al uso del arbitraje, que quizás empezó con el arbitraje Italia-Cuba en relación con la interpretación y aplicación del Convenio Bilateral entre estos dos Estados, un laudo definitivo con fecha de 2008. *Vid.* M. Potesa, nota sobre el caso ‘*República de Italia c. la República de Cuba*’, *Am. J. Int’l L.*, n° 106, 2010, p. 341. “Los alegatos y opiniones de expertos del Ecuador y el caso de Estados Unidos están disponibles en el sitio web de la CPA: [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1455](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1455).

<sup>223</sup> Los propios artículos de la ILC reconocen esta posibilidad: *Artículo 55* “Lex specialis. Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional.

El mecanismo procesal del Convenio del CIADI relativo a invocar la responsabilidad del Estado ofrece una Ley especial que hace que la segunda parte, (contenido de la responsabilidad internacional del Estado) y la tercera parte (modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional de estado) del articulado de la ILC le sean de aplicación, lo que conlleva unas consecuencias importantes<sup>224</sup>. Cualquier aplicación sobre los artículos de responsabilidad del Estado, en el contexto del arbitraje de inversión, debe tenerse en debida cuenta la posibilidad de que las normas previstas en el Tratado que se esté empleando, deberían ser reemplazadas por la Ley especial del régimen jurídico al que están sujetas las actuaciones.

#### B) La responsabilidad del Estado frente a la responsabilidad individual

Cabe recordar que la cuestión sobre la responsabilidad del Estado es independiente de la cuestión sobre la responsabilidad individual por el “crimen internacional” punitivo de la corrupción (a veces denominado como el enriquecimiento fraudulento o que se señalan en el concepto más amplio de “expolio indígena”)<sup>225</sup>.

Tan loable como es el debate sobre la ampliación de la jurisdicción penal internacional para “delitos económicos” podría ser - so-

---

<sup>224</sup> Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pp. 96–8.

<sup>225</sup> N. Kofele-Kale, ““Holding Heads of State and Other High Ranking Officials Individually Liable for Acts of Fraudulent Enrichment”, *The International Law of Responsibility for Economic Crimes*, 2ª ed., Ashgate 2006, pp. 9-12 (definir 'expolio indígena "como" un acto ilegal de la depredación que se ha perpetrado con un propósito personal por medio de gobernantes, funcionarios o particulares. Términos tales como “malversación de fondos” o “apropiación indebida” o “corrupción” o “soborno” o “enriquecimiento fraudulento” han sido y siguen siendo, usado para describir la práctica generalizada de los titulares de cargos públicos para confundir al fisco público [sic] con sus cuentas privadas, pero estos conceptos no transmiten adecuadamente la fuerza de este fenómeno de despojo indígena. En todo caso, que significan el acto de depredación en bruto pero no su efecto, que conlleva la destrucción de la base social, económica y moral de la nación que es su víctima. ')

bre todo porque este crimen internacional punitivo que da la debida importancia a los daños causados por el funcionario público corrupto - la jurisdicción de arbitraje de inversión claramente sólo se extiende a los aspectos civiles de corrupción.

Este es un punto conviene recordar que en el contexto del arbitraje de inversión, podemos detectar la presencia de algún tipo de sanción civil potencial para la corrupción por parte de un Estado de acogida con ley de inversiones aunque nunca debe ser considerado como un sustituto para la persecución penal, de los individuos tanto privados como el de los funcionarios públicos, por actos de corrupción en el marco del derecho nacional del Estado de acogida. De hecho, el arbitraje de inversión internacional puede, a través de los principios de la responsabilidad del Estado, incluso ayudar en la persecución penal rápida de los funcionarios públicos corruptos, mediante la imposición de consecuencias reales para el supuesto en el que el Estado no adopte medidas serias en la lucha contra la corrupción, incluida la posibilidad de invocar la corrupción como un medio de defensa frente a las reclamaciones de los inversores a menos que se tomen medidas serias para procesar dichos funcionarios.

### C) Análisis de los principales laudos del arbitraje de inversiones en materia de responsabilidad.

De todos los arbitrajes analizados, al menos unos cuantos realizan un análisis y reflexión sobre el tema de la responsabilidad del Estado como consecuencia de actos de corrupción. Uno de los principales casos en los que se realizó un estudio más profundo fue el de *World Duty Free c. Kenia*, aunque también existen otros aunque en menor grado de interés, tales como: *SPP c. Egipto*, *Fraport c. Filipinas* y *EDF (Service) c. Rumania*.

Estos casos son representativos de las tendencias más amplias en el uso de las normas internacionales contra la corrupción en relación con la ley de inversión internacional. Así como, algunas tendencias adoptadas en relación con la cuestión de la responsabilidad del Estado por corrupción.

Quizá la tendencia que se debería adoptar en aquellos casos llevados a ser solucionados ante un tribunal arbitral sobre inversiones internacionales, es la de que los funcionarios públicos corruptos rindan cuentas por sus delitos.<sup>226</sup>

Sin embargo, en la mayoría de los casos en los que se alega existencia de corrupción, tales como *World Duty, Free, SPP* y *Frapport*, suele ser con la intención de valerse de este delito como medio de defensa por parte de los Estados de acogida para evitar la jurisdicción del tribunal<sup>227</sup>.

Manteniendo de manera clara, que la tendencia de las partes con respecto al uso jurídico-procedimental de posibles actos de fraude o corrupción es la de utilizarlo como una mera estrategia de defensa frente a las reclamaciones de los inversores, la contribución realizada por el laudo emitido en el caso *EDF* es significativa. Mientras que algunos tribunales se han pronunciado sobre la necesidad de altos estándares de la prueba como medio probatorio, quizás en algunas ocasiones, poco realista y quizás sin intención de beneficiar a Gobiernos que han pretendido ocultar sus actos de corrupción, el caso anteriormente aludido realizó una aclaración importante sobre esta materia.

---

<sup>226</sup> *EDF c. Rumanía*.

<sup>227</sup> De la mayoría de los casos analizados sobre arbitraje de inversión con posible conexión con la corrupción, tan sólo había cinco casos (incluyendo *EDF c. Rumanía*) donde la corrupción (en forma de solicitudes de soborno / extorsión) se planteó por el inversor como una demanda principal. Estos iban desde solicitudes de soborno, mientras que el inversor estaba negociando un proyecto de desarrollo de petróleo y gas con la empresa del Estado de acogida nacional de energía [*FW petróleo Interés, Inc. c. Trinidad y Tobago* (2006).]; hacer campaña aportaciones aceptadas con el fin de influir en la promulgación de regulaciones perjudiciales para el negocio del inversor [*Methanex c. Estados Unidos* (2005).]; a una solicitud de soborno de un juez nacional para impedir la incautación de la inversión del inversor [*Rumeli Teleko, c. Kazajstán* (2008).]; a una solicitud de soborno para la ampliación de un acuerdo de inversión [*EDF (Servicios) c. Rumania* (2009).]; al soborno por una empresa competidora con el fin de negar el inversor la licencia requerida [*RSM c. Granada* (2010)].

El inversor argumentó que tras rechazar las solicitudes de soborno realizadas por el Primer Ministro de Rumanía, los actos de represalia por parte de las empresas estatales rumanas, no se hicieron esperar. Actos de represalia orquestados por el propio Gobierno de Rumanía.<sup>228</sup>

El análisis del tribunal concluyó en términos claros que la tentativa de un soborno (que se caracteriza más bien como una extorsión)<sup>229</sup> a un soborno solicitado por un organismo estatal<sup>230</sup> constituiría una clara violación de la obligación de un “trato justo y equitativo” que en virtud del APPRI existente que regulaba la relación entre las partes estaba obligado a dar el Estado receptor, Asimismo, también debería de considerarse una violación del orden público internacional.<sup>231</sup> El tribunal también estuvo de acuerdo con las observaciones del demandante en cuanto que la discreción del Estado

---

<sup>228</sup> Vid. *EDF (Services) Limited c. Romania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, laudo de 8 octubre de 2009), párrafo 102 (en el que EDF argumentó que: “...of the acts of certain government-controlled agencies of Romania were allegedly part of ‘an orchestrated action to take the investor’s investment in retaliation for his refusal to pay bribes...”

<sup>229</sup> 'Extorsión' (a veces también llamada 'chantaje') es otro tipo importante de la corrupción. Se puede distinguir la extorsión de sobornos mirando en si el deudor recibe “mejor que un trato justo” o debe pagar para ser tratados de manera justa. Dicho de otra manera, 'extorsión' es una situación en la cual la capacidad del funcionario de retener un servicio o beneficio requerido por la ley es superior a la capacidad del acuerdo privado, para mantener la pérdida de ese servicio o beneficio. 'El término extorsión puede reservarse para aquellas situaciones en que la capacidad del funcionario de retener un servicio o beneficio requerido por la ley excede la capacidad del acuerdo privado para mantener la pérdida de ese servicio o beneficio. Vid. A.P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, op. cit., [10.21]; W. M. Reisman, “Folded Lies: Bribery, Crusades, and Reforms”, *Free Press*, 1979, p. 38.

<sup>230</sup> En este sentido, el laudo de EDF indicó que el significado de “agencia u organismo estatal” era un término muy impreciso y que como tal no quedaba debidamente definido por lo que era razonable suponer que el concepto quedaría integrado por todos los órganos del Estado y todas aquellas personas que ejercen la autoridad gubernamental. Vid. laudo caso *EDF c. Rumanía* párrafo 187.

<sup>231</sup> *EDF c. Rumanía* párrafo 221.



anfitrión se ejerció sobre la base de la corrupción, y que esta conducta debía de considerarse como una “violación fundamental de la transparencia y de confianza legítima”.<sup>232</sup>

En efecto, si se hubiese realizado el comportamiento alegado por el demandante, este constituiría un ejemplo claro sobre la responsabilidad del Estado por corrupción no consumada, en el que el funcionario público se dedicaba a realizar una solicitud de soborno/extorsión. Sin embargo, esta misma claridad no se hace patente a la hora de determinar aspectos importantes tales como si la solicitud fue realizada libremente por el funcionario y si ha existido algún tipo de participación por parte de los inversores, factores estos todos ellos necesarios para dictaminar sobre la culpabilidad en un caso de corrupción

El caso *World Duty Free* ciertamente no fue el primer arbitraje en el Estado de acogida invocaba la corrupción como una defensa frente a las reclamaciones de los inversores<sup>233</sup>; pero el caso permite demostrar el potencial de la cuestión de utilizar como medio de defensa, un posible hallazgo de corrupción y si esta ha tenido lugar al inicio de la inversión los resultados podría ser:

(i) la anulación del acuerdo de inversión subyacente y la inaplicabilidad de todas y cada una de las reclamaciones derivadas de ese acuerdo (como en *World Duty Free*), o

<sup>232</sup> *EDF c. Rumanía* párrafo 221.

<sup>233</sup> Hubo ocho casos de inversión públicamente conocidos antes de que se dictó el laudo *World Duty Free* octubre de 2006 en la que se alegaba la corrupción, empezando por el caso de *SPP c. Egipto* (en 1992 fue el primer caso conocido en el que denuncia la corrupción jugó un papel en un procedimiento del CIADI); seis de esos casos se trataba de alegatos del Estado de acogida de la corrupción como una defensa frente a las reclamaciones de los inversores. Vid. los casos: *SPP c. Egipto*, *Wena c. Egipto*, *Lucchetti c. Perú*, *Inceysa c. El Salvador*, *TanESCO c. IPTL*, y *Thunderbird c. México*. Los dos casos en los que el inversionista fue quien planteó problemas de corrupción fueron *Methanex c. Estados Unidos*, y *FW Petróleo c. Trinidad y Tobago*. Este hecho parece negar la opinión de que la corrupción es una “defensa emergente” de reciente procedencia para los Estados de acogida, o que el potencial que tiene la alegación de corrupción para actuar como defensa frente a las reclamaciones de los inversores se viene presentando desde hace escaso tiempo.

(ii) la constatación de que el tribunal no tiene jurisdicción sobre la disputa en su totalidad (la inversión no protegida por muchos tratados de inversión por no ser una “inversión” realizada de acuerdo con las leyes del Estado de acogida)<sup>234</sup>.

Así, la jurisprudencia reconoce la corrupción como un medio de defensa completa cuando se invoca por el Estado de acogida, incluso en contra de la conducta del Estado de acogida ilegal derivada de hechos completamente ajenos a la corrupción.

Sin embargo, como se demuestra en *EDF c. Rumania*, cuando la corrupción es alegada por los inversores, la defensa se plantea como una violación al articulado del APPRI vigente entre las partes, generalmente la reclamación que realiza los inversores es la falta de un trato justo y equitativo, y este medio de defensa no tiene un efecto preclusivo como el anteriormente aludido.

En *World Duty Free*, el demandante en un momento concreto del procedimiento también realizó acusaciones de corrupción contra el Estado de acogida. Sin embargo, el Gobierno de Kenia respondió que no había evidencia de tal corrupción, y que incluso si esos sobornos se obtuvieron de manera corrupta, no había pruebas de que la persona que adquirió dichas cantidades, cuando lo hizo estuviera actuando como un agente del gobierno de Kenia.<sup>235</sup>

El tribunal no consideró necesario analizar si la parte inversora era cómplice también de esas acusaciones de corrupción, tal vez porque se determinó que la corrupción era atribuible al Estado anfitrión no afectaría el resultado de la decisión. Esta es una demostración del poder de la corrupción como un medio de defensa - si se trata de negar la ejecución de un contrato de uso de los principios del derecho procesal nacional, o de negar la jurisdicción en virtud

---

<sup>234</sup> Vid. *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República de Argentina* Caso CIADI No. ARB/05/5, laudo 19 diciembre de 2008.

<sup>235</sup> Vid. *World Duty Free*, párrafo 82. “Moreover, even if Mr. Ali were able to establish that the appointment of a receiver’ by the Kenyan Court ‘was corruptly procured by Mr. Pattni, he has certainly presented no evidence to substantiate his allegation that, in doing so, Mr. Pattni was acting as an “agent” of the Government of Kenya”

de una interpretación particular de las disposiciones de la “legalidad” de los tratados de inversión, un hallazgo de corrupción, bajo la ley del presente caso, da lugar a la desestimación del caso sin que el inversor que recibe cualquier tipo de alivio; y la cuestión de violaciones de protección de los inversores o de hecho, de las acusaciones de corrupción contra el propio Estado de acogida en el mismo caso, no va a prosperar frente a la constatación de que el inversor era culpable de corrupción.

Para los que sostienen que el arbitraje de inversión es un sistema injusto que está sesgada a favor de los inversionistas extranjeros, deberían tener en cuenta la idea de que la corrupción se ha utilizado como medio de defensa de forma activa y con frecuencia por los Estados de acogida contra los inversores. Y que dicho medio de defensa, si es alegada con éxito, el tribunal deniega toda y cada una de las pretensiones reclamadas por los inversores. Mientras que si la corrupción es alegada por el inversor no tiene efecto preclusivo.

Toda regla tiene su excepción y la nuestra es el caso *World Duty Free*, uno de los pocos supuestos, por ello es algo singular, en los que la corrupción se ha invocado explícitamente ante un tribunal de inversión y con un resultado determinante para el proceso. Con más frecuencia, la corrupción suele ser alegada de manera presunta o mediante insinuaciones pero no de manera tan contundente tal y como se hizo en el caso *Fraport c. Filipinas*. Aunque un sector cree que la corrupción sigue siendo un problema que no está siendo totalmente alegado por las partes pero que a menudo nos permite ver la apreciación del árbitro ante este tipo de delitos, permitiéndonos ver las dificultades por las que tienen que pasar hasta que emitan su laudo arbitral<sup>236</sup>.

Esta tendencia de alegar, casi insinuando de manera sospechosa, la existencia de corrupción, junto con otras alegaciones, no ha pasado desapercibida por los árbitros a la hora de adoptar sus propias decisiones. En el caso, *International Thunderbird Gaming*

---

<sup>236</sup> En cambio, acusaciones de corrupción alegadas desde el principio, han proporcionado un buen método de defensa por ser estas manifestaciones contrarias al Derecho nacional e internacional. *Vid.* los casos: *Inceysa c. El Salvador*; *Lucchetti c. Perú*; *Fraport c. Filipinas*.

*Corp. c. Mexico*, un arbitraje NAFTA, bajo las reglas del Convenio del CIADI<sup>237</sup>, la opinión separada del Prof. Wälde advirtió en contra de lo que él considera que era una tendencia peligrosa - la tendencia de las insinuaciones de corrupción que sutilmente pretenden dirigir al tribunal a decidir en contra de los inversionistas sin dar a estos la posibilidad de defenderse de estas insinuaciones alegadas:

*“[Corruption] insinuations are now frequently employed by both claimant investors and respondent governments.*

*They should be disregarded—explicitly and implicitly, except if properly and explicitly submitted to the tribunal, substantiated with a specific allegation of corruption and subject to proper legal and factual debate for the tribunal. That is simply the implication of the ‘fair hearing’ principle...It is therefore particularly important for a tribunal not to get influenced, directly or indirectly, by ‘insinuations’ meant to colour and influence the arbitrators’ perception and activate a conscious or subconscious bias, but to make the decision purely on grounds that have been subject to a full and fair hearing by both parties. Cards should be placed, ‘face up’, on the table rather than be waved around, with hints and suggestions. If the Mexican government had wanted to prove bribery it had the opportunity both to raise it and to try to prove it by providing its officials involved in the transaction for cross-examination; but it chose not to produce them.”*<sup>238</sup>

Sin embargo, ni los pocos casos en los que se ha dictado un laudo positivo en acto de corrupción, ni el carácter bilateral de la corrupción ha impedido que este medio de defensa sea planteado con creciente regularidad por los Estados de acogida.

#### *4. Alegación de la responsabilidad del Estado por la corrupción en el arbitraje internacional*

Retomando la cuestión de la responsabilidad del Estado, los casos tratados en esta sección demuestran que han sido muy pocos de al menos de los cien de casos de arbitraje de inversión tan sólo cua-

---

<sup>237</sup> Laudo de 26 de enero de 2006.

<sup>238</sup> Vid. *Thunderbird c. Mexico*, opinión disidente del profesor Thomas Wälde, párrafo 20.

renta y tres que se sepa, por haberse hecho públicos, se han ocupado de la cuestión de la responsabilidad del Estado por la corrupción de una manera efectiva. Estos casos son muy aislados y por sí mismos no son concluyentes.

La mayoría, como la adjudicación del caso *SPP c. Egipto* proporcionó una declaración algo temprana de que los principios de la responsabilidad del Estado se aplican en el arbitraje de inversión para comprometer la responsabilidad de los Estados de acogida por los “*ultra vires*”<sup>239</sup>, es decir, por aquellos actos revestidos de autoridad de sus funcionarios públicos; pero esta conclusión implícita realmente quiso manifestar que nunca sería atribuible al Estado anfitrión el mismo tipo de culpa o responsabilidad que al funcionario público que obtuvo el beneficio o soborno para sí o un tercero.

Por lo que deductivamente podemos llegar a la conclusión de que un Estado no es internacionalmente responsable por la corrupción de sus funcionarios más altos aunque esto no sea lo que preceptivamente diga la ley.

Por el contrario *EDF c. Rumania* demostró que la responsabilidad del Estado debería ser aplicada de manera plena si el inversor hubiera sido copartícipe en los actos de corrupción en los que se comprometía la responsabilidad internacional de un Estado de acogida por las solicitudes de soborno, la extorsión,<sup>240</sup> es decir, los actos realizados por sus funcionarios públicos. En *Fraport c. Filipinas* se añade el elemento de la preclusión del proceso, llegando incluso a concluir que si el inversor podría haber violado importantes leyes nacionales al hacer su inversión, el Estado de acogida no debería poder (al menos en un principio) invocar la ilegalidad de la inversión si el Estado hubiera sido consciente de que la ilegalidad y procedimiento de aprobación de la inversión hubieran sido ilegales.

---

<sup>239</sup> Cuando la conducta excede sus atribuciones, es lo que se conoce como conducta *ultra vires*.

<sup>240</sup> S. R. Ackerman, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge University Press, 1999, p. 10, citando a I. Ayres, “Judicial Corruption: Extortion and Bribery” *Denver U. L. Rev.* No. 74, 1997, pp.1231, 1236–7.

Precisamente por esa escasa casuística sobre laudos en los que se admita la existencia de corrupción, hace destacar si aún cabe más el caso *World Duty Free* en el que la jurisprudencia marcó un punto de inflexión, no por su tratamiento de la responsabilidad del Estado, sino por su reconocimiento de la corrupción como un área sustantiva de la ley que potencialmente pueden no permitir la reparación de las reclamaciones de los inversores en su totalidad<sup>241</sup>.

El tribunal concluyó que el contrato era anulable e inaplicable y declaró inadmisible cualquier reclamación en base a esa inversión<sup>242</sup>.

Más allá del desarrollo de la doctrina jurídica, los resultados del laudo el caso *World Duty Free* no fueron únicamente para el pueblo de Kenia sino que también tuvo repercusiones sobre la comunidad internacional en su lucha contra la corrupción al dejar de manifiesto el comportamiento de los principales protagonistas de este caso: el ex fiscal del Estado de Kenia el Sr. Amos Wako, que supervisó el equipo legal por parte del Estado receptor, declaró en una entrevista concedida en 2012 que no había duda, en su opinión, de que el caso había sido de mayor interés público del previsto: la afirmación de que la inversión pudiera ser declarada nula tendría un enorme impacto en el desarrollo económico y social del país de Kenia hasta tal punto que podría en cierto modo desestabilizar la

---

<sup>241</sup> Así mismo ha sentado una fuerte jurisprudencia dentro del arbitraje de inversión las opiniones disidentes de Sr. Cremades, anteriormente aludida, en el caso *Fraport c. Filipinas* y la del profesor Orrego en el caso *Siag c. Egipto*

<sup>242</sup> *Vid.* *World Duty Free* párrafo. 173: ‘Like any other contract, a state contract procured by bribing a state officer is legally unenforceable, as an affront to the public conscience’, citado en *Lemenda Trading Co Ltd c. African Middle East Petroleum Co. Ltd* (1988) 1 Q.B. 428, (Phillips, LCJ). “‘In my judgement, the English courts should not enforce an English law contract which falls to be performed abroad where (i) it relates to an adventure which is contrary to a head of English public policy which is founded on general principles of morality, and (ii) the same policy applies to the country of performance under the law of that country. In such a situation international comity combines with English domestic public policy to mitigate against enforcement.’ In the tribunal’s view, this same statement describes the converse position at common law in Kenya”.

economía del país. Asimismo, la anulación del acuerdo de inversión también pretendía enviar una señal a las partes involucradas en las prácticas corruptas de todo el mundo.

*“...The claim was more than the budget of the country at that time and there was great fear that, if it succeeded, Kenya’s economic and social development would be halted and the country would become a failed state’. He also believed that the outcome of the case, including the invalidation of the investment agreement, ‘sent out a signal to parties engaged in corrupt practices worldwide’.”*<sup>243</sup>

Este laudo arbitral, no dejó duda alguna, aunque de forma explícita, del castigo que recibió el inversor por participar en un caso de soborno en un momento especialmente significativo en el que la comunidad internacional estaba aunando esfuerzos por combatir la corrupción. Asimismo, este laudo mostró que existía una vía más rápida y eficaz que la propia jurisdicción nacional<sup>244</sup>.

Dicho esto, al menos en cuanto a la atribución, el caso plantea cuestiones importantes y en gran medida sin respuesta. La cuestión previa a los efectos de la invocación de los principios de la responsabilidad del Estado es la razón por la que el derecho internacional público no fue empleado por el tribunal. En fidelidad al art.o 42.1º del Convenio del CIADI<sup>245</sup>, el tribunal parece haber tomado una

<sup>243</sup> Former Kenyan Attorney-General Amos Wako, quoted in A. Ross “The Man Behind Kenyan Arbitration” *Global Arb. Rev.*, vol. 20, enero de 2012.

<sup>244</sup> C. Partasides, “World Duty Free v. The Republic of Kenya: A Unique Precedent?”, Discurso realizado en el foro de *the Chatham House International Law Discussion Group*, el 27 de marzo de 2007, aviable en: <http://www.chathamhouse.org/sites/default/files>: “(‘The rule of law unquestionably suffers in the face of corruption with impunity. But occasionally the law provides an answer. In the hands of the right judge or arbitrator, it can be transformed from victim to victor. And so I come to the recent and remarkable case of World Duty Free v. The Republic of Kenya’)

<sup>245</sup> El tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

decisión consciente para limitarse a la opción contractual de las partes, es decir, el Derecho inglés y el Derecho de Kenia<sup>246</sup>

Suponiendo que la elección contractual de la ley hubiera sido la de impedir la aplicación directa del derecho internacional público, en este caso, todavía se puede preguntar, por qué el tribunal no consideró el reenvío al derecho internacional consuetudinario, a través de la aplicación de la opción contractual del Derecho,<sup>247</sup> teniendo en cuenta que en virtud del derecho Inglés (y, presumible-

---

<sup>246</sup> Vid. caso *World Duty Free c. Kenia* párrafo WDF (n 41), párrafo. 158: “...The tribunal now turns to the applicable laws chosen by the Parties in their Agreement of 27th April 1989, as required by Article 42(1) of the ICSID Convention. As already recorded above, Article 9(2)(c) of this Agreement provides that “any arbitral tribunal constituted pursuant to this Agreement shall apply English law”; and Article 10(A) provides that “This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the law of Kenya”.

<sup>247</sup> En muchos países, el derecho internacional consuetudinario forma parte del Ordenamiento jurídico de un país, por lo que un tribunal requerido para emplear la legislación nacional de ese Estado, en estos casos, debería ser exigible que hiciera efectivo el derecho internacional aplicable. Vid, W. M. Reisman, “The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold” *ICSID Rev.-Foreign Inv. L.J.*, 15, 2000, p. 362. Después de analizar los posibles escenarios en los que el derecho internacional podría ser empleado por el arbitraje CIADI a tenor de lo estipulado en su artículo 42 (1) del Convenio, el profesor Reisman concluyó:

En resumen, considero que hay cuatro situaciones en las que un tribunal del CIADI podría tener la ocasión de aplicar el Derecho internacional:

- (i) cuando las partes así lo han convenido;
- (ii) cuando la legislación del Estado que sea parte en la controversia exige la aplicación del Derecho internacional, incluido el Derecho internacional consuetudinario;
- (iii) cuando el tema o asunto esté regulado directamente por el Derecho internacional, como un tratado entre los Estados parte en la controversia; y finalmente,
- (iv) cuando la legislación del Estado que sea parte en la controversia, o acción tomada en virtud de esa ley, viole el Derecho internacional. En esta última situación, el Derecho internacional funcionaría como un correctivo a la legislación nacional. (traducción propia)



mente, la ley keniana también)<sup>248</sup>, el Derecho internacional consuetudinario es “parte de la ley del país” y se puede aplicar directamente (aunque con algunas condiciones)<sup>249</sup>.

De hecho, el orden público internacional - fue argumentado en el caso en relación con las normas contra la corrupción - se utilizó precisamente introduciendo como parte de la legislación inglesa y de Kenia<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> *Vid. World Duty Free c. Kenia* párrafo 159: “Por la Sección 2 de la Ley de Kenia de la Ley del Contrato de 1961, la ley común de Inglaterra en relación con el contrato se aplica en Kenia, salvo lo modificado por (entre otras cosas) las leyes de Kenya; y además, como fue confirmado por el Sr. Robertson por parte de la demandante en la audiencia en junio de 2004, no hay ninguna diferencia material en los puntos específicos en litigio entre la posición en el derecho común en Inglaterra y Kenia ... “

<sup>249</sup> *Vid. Trendtex Trading Corporation Ltd c. Banco Central de Nigeria* [1977] 1 All E.R. 881, 889–90 (Denning J):

“Al ver que las normas del derecho internacional han cambiado - y así debe de ser - y que los tribunales han dado efecto a los cambios sin ninguna ley del Parlamentaria, nos viene a la mente de manera inexorable que las normas del Derecho internacional, existentes de vez en cuando, deben formar parte de nuestra ley inglesa “Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts - declararon que el Derecho de gentes es parte del derecho Inglés y se ha aplicado en los tribunales ingleses en varias ocasiones”. Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Longman, 1992, pp. 56–7. Dicho esto, los tribunales ingleses han expresado recientemente precaución con respecto al uso del derecho internacional consuetudinario como fuente directa de derechos y obligaciones en virtud del derecho Inglés: *R (Al-Saddoon) c. Secretario de Estado de Defensa* [2009] EWCA Civ 7; [2010] Q.B. 486 (Laws LJ) la “premisa de que una norma consuetudinaria pueda ser utilizada en una demanda ante los tribunales ingleses quizá no tan clara” (traducción propia) Citado por A.P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, *op. cit.*, [10.28].

<sup>250</sup> *Vid. World Duty free* párrafo 138: “A pesar de este nombre (“orden público internacional”) , pese a que sugiere que es de alguna manera un principio supra-nacional, no es más que el orden público interno aplicado a los laudos extranjeros y su contenido y la aplicación sigue siendo subjetiva de cada Estado”. El tribunal procedió a revisar el concepto de “orden público transnacional”, así, y llegó a la conclusión, después de una revisión de las leyes nacionales, las convenciones internacionales contra la corrupción, y la corte y decisiones de los tribunales arbitrales, que el soborno es contrario a

Con el fin de aclarar el papel de la responsabilidad del Estado en el tema de la corrupción transnacional, es de lamentar que el Derecho internacional público - en particular las normas sobre atribución - no se haya discutido de manera explícita o empleado una línea jurisprudencial sobre esta materia. Máxime cuando existen tan pocos laudos arbitrales que reconozcan sobre la existencia de corrupción en un caso y produzcan efectos preclusivos de una controversia de inversión.

Es muy raro que la corrupción que se demuestra y que obtenga todos los efectos jurídicos de una controversia de inversión<sup>251</sup>.

Tal y como ya hemos indicado, *World Duty Free* es uno de los pocos arbitrajes de inversión, de los casos que han gozado de publicidad, donde se concluyó que hubo corrupción. Este es un punto clave, ya que la conclusión de un tribunal de que se había producido un delito de corrupción sería una condición previa al compromiso de la responsabilidad del Estado (es decir, la producción de un hecho internacionalmente ilícito), proporcionando una oportunidad para que la material sea eficientemente tratada, máxime con la experiencia en Derecho internacional público que el tribunal tenía, ya que el Presidente del tribunal, por ejemplo, era un ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, quizás podrían haber proporcionado un precedente potencialmente duradero en la atribución de la responsabilidad del Estado de acogida por la corrupción de un oficial público.

---

ambos conceptos. Concluyó: “Por lo tanto, las reclamaciones basadas en contratos de corrupción o de los contratos obtenidos por la corrupción no pueden ser defendidos por este tribunal Arbitral” en el párrafo 157.

<sup>251</sup> tribunales han exigido durante mucho tiempo un estándar de la prueba muy alto para demostrar de la exigencia de la corrupción, lo que hace que sea difícil y, de hecho, poco probable, de que la corrupción que se negó y fue refutada por el otro lado pueda llegar a ser probada. *Vid.* por ejemplo *EDF (Servicios) c. Rumania* párrafo 221: (“... la prueba de la corrupción es muy difícil de probar, ya que, por lo general, hay poca o ninguna evidencia física. La gravedad de la acusación de corrupción en el presente caso, teniendo en cuenta que se trata de funcionarios del más alto nivel del Gobierno de Rumania en el momento, exige pruebas claras y convincentes.”) (Traducción propia).

Sin embargo, el laudo no llegó a dictaminar si los actos de corrupción, debían producir responsabilidad sobre el Estado receptor (por la solicitud y aceptación de un soborno por parte de un funcionario público), si no que el tribunal decidió aplicar la regla de “par delictum”<sup>252</sup>. Con lo que la corrupción también fue atribuible al inversor y al propio Estado receptor, aunque no reuniría los requisitos necesarios para poder aplicar la Ley de la responsabilidad del Estado.

En cambio, la cuestión de la atribución se considera en el contexto de 'afirmación o renuncia', es decir, si Kenia ha consentido efectivamente o renunciado a cualquier derecho a invocar la corrupción. El tribunal llegó a la conclusión relacionado con lo que la “cuota de facilitación de las inversiones de US \$ 2.000.000 - resultó ser un soborno a juicio del tribunal - pagado por el Sr. Ali y el delito se llevó a cabo por un el director de la empresa demandante y por un agente público revestido de autoridad, y el soborno es válido para ser imputada a la demandante”<sup>253</sup>. Limitando su consulta al Derecho nacional, el tribunal dictaminó que “no hay mandato en la ley Inglesa o la ley de Kenia para atribuir, que el conocimiento de un Estado (cuando la otra parte o director sea inocente) de que su oficial público esté comprometido por un soborno, conlleve las mismas consecuencia para el Estado que para el delincuente”<sup>254</sup>. Resulta paradójico que el conocimiento de los actos de corrupción sólo podía ser atribuible al Estado que estaba gobernando en la época en la que el Sr. Ali manifestó en su declaración testimonial en diciembre de 2002, más de 13 años después de que el soborno hubiera pagado, esto fue en marzo de 1989<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> Una frase descriptiva que indica que las partes involucradas en una acción son igualmente culpables por un mal.

<sup>253</sup> *World Duty Free*, párrafo 167.

<sup>254</sup> *Ibid.*, párrafo 185.

<sup>255</sup> La demandante realizó una serie de alegaciones manifestando que es Gobierno de Kenia tenía conocimiento de “declaración o la renuncia”, mucho antes de diciembre de 2002. Como ya se ha indicado, no hubo ninguna mención del pago en el Acuerdo (o su modificación); ni en ningún documento contemporáneo intercambiado entre el demandante y la demandada durante los

Que si hubiera sido posible realizar el análisis sobre la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional, se habría obtenido un resultado diferente, podemos afirmar que es incierto, pero cabe hacer una observación: mientras que el tribunal del caso *World Duty Free c. Kenia* vio la cuestión del tener conocimiento por parte del Estado de Kenia de acto de corrupción realizado por el entonces Jefe del Estado, un conocimiento “real” (como una cuestión de hecho), si en vez de aplicar esa regla de “conocimiento” se hubiesen aplicado los principios de atribución en virtud de la ley de la responsabilidad del Estado, aplicándose sobre la conducta del entonces Jefe del Estado si se habrían cumplido con los requisitos.

Por último, la base jurisdiccional de *World Duty Free* y su vínculo con el análisis sobre responsabilidad del Estado. A diferencia de lo que sucede en la mayoría de los arbitrajes de inversión en los que el consentimiento del Estado receptor al arbitraje se deriva de un Tratado de inversión bilateral o multilateral, es decir la cláusula arbitral está subsumida en dichos Tratados, en este caso, la sumisión a arbitraje en caso de controversia se derivó únicamente del contrato de inversión, para dar su consentimiento al arbitraje, supuesto contemplado y recogido tanto en el convenio como en las reglas de arbitraje CIADI<sup>256</sup>.

---

posteriores 11 años antes de que este procedimiento se iniciase en junio de 2000. Más significativamente, la propia demandante no mencionó el pago en la primera parte de este procedimiento o en el resto de procedimientos legales llevados a cabo en la Isla de Man y Kenia. El tribunal concluyó que el Estado de Kenia no tuvo conocimiento de la realización y aceptación del soborno hasta diciembre de 2002, lo que consecuentemente, esto fue al menos 30 meses después a que el delito tuviese lugar. Dio por válido que anteriormente a esta fecha el Estado receptor no tuvo conocimiento de nada.

<sup>256</sup> Así quedó recogido en el art. 9 del referido contrato: “...consent to submit to the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. (‘the Centre’) all disputes arising out of this Agreement or relating to any investment made under it for settlement by arbitration pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (‘the Convention’). (2) It is hereby stipulated (a) that the Company is a national of the United Arab Emirates:(b) that the transaction to which this Agreement relates is an ‘investment’ within the meaning of

Que la sumisión a arbitraje proceda de un contrato en vez de un Tratado de inversión, tiene implicaciones importantes en la elección de la ley aplicable.

Tal y como se señaló anteriormente, las conclusiones del tribunal del *World Duty Free* tuvieron como base el Derecho inglés, por una buena razón, ya que la legislación nacional era la ley contractualmente estipulado aplicable. El Convenio del CIADI reconoce que, como primer recurso, “el tribunal decidirá en caso de “diferencia de acuerdo” con las normas de derecho que se haya convenido por las partes, con el derecho internacional, así como las normas de Derecho internacional que pudieran ser les de aplicación. Sin embargo, cuando - como en la gran mayoría de los casos - la jurisdicción de un tribunal se basa en un Tratado de inversión, el Derecho internacional será parte de la legislación aplicable,<sup>257</sup> como las protecciones que revisten la inversión, todo ello será derivado del propio Tratado no del contrato.

La interpretación y aplicación correcta de ese tratado de inversión a una determinada controversia - incluidas las disposiciones de la “cláusula de legalidad” frecuentemente invocados por los Estados de acogida como una defensa contra la competencia del tribunal cuando se plantean cuestiones de corrupción - también requerirán que el derecho internacional sea tenido en cuenta.

En virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la interpretación requiere que toda norma de derecho internacional será aplicable pertinente en las relaciones entre las par-

---

*the Convention; (c) that any arbitral tribunal constituted pursuant to this Agreement shall apply English law; (d) that any arbitration proceeding pursuant to this Agreement shall be conducted in accordance with the Rules of Procedure for Arbitration Proceedings of the Centre in effect on the date on which the proceeding is instituted”.*

<sup>257</sup> Vid. Bishop, Crawford, y Reisman, “Foreign Investment Disputes”, *op. cit.*, p. 624 (“In some cases, international arbitrations will be constituted pursuant to treaty rules, whether of some existing institutions (e.g. ICSID) or on an ad hoc basis (e.g. pursuant to Chapter 11 of NAFTA or a bilateral investment treaty). In such cases the foundational instrument will be the treaty and international law will be part of the applicable law.”)

tes<sup>258</sup> por lo que este punto necesariamente debería ser tenidos en cuenta.

El hecho de que World Duty Free como ya ha quedado constatado no era una disputa sobre un tratado de inversión y no se empleó el derecho internacional público ayuda a explicar por qué el valor de precedente casi concedido a World Duty Free se equivoca, al menos en el área de responsabilidad del Estado. El hecho de que en el caso World Duty Free la disputa no fuera en base a un Tratado de inversión y no se hiciera uso de aplicación del Derecho internacional público ayuda a explicar por qué el precedente establecido en el World Duty Free es erróneo, al menos en la no aplicación de responsabilidad del Estado. La gran mayoría de arbitraje de inversión del CIADI (y ciertamente la CNUDMI basados en reglas de arbitraje) e los casos surgen de disposiciones sobre solución de controversias en los Tratados bilaterales y multilaterales de inversión, y como ya se ha subrayado, responsabilidad contractual por incumplimiento basado en la legislación nacional debe ser distinguida de la responsabilidad del Estado por violaciones del derecho internacional - una no implica la otra.<sup>259</sup>

Podemos concluir que en última instancia, si realizamos una revisión y análisis de la jurisprudencia proporciona por los tribunales arbitrales, estos no nos proporcionan ninguna respuesta real a las preguntas sobre el alcance de la responsabilidad del Estado por corrupción en el ámbito del Derecho internacional; por lo que es necesario examinar los principios del Derecho internacional público, en particular en lo expresado en los artículos de la ILC sobre la responsabilidad del Estado.

---

<sup>258</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 enero de 1980. art. 31.3 c) “Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

<sup>259</sup> J. Crawford, “The System of International Responsibility”, en *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, pp. 17, 20.

## 5. La responsabilidad del Estado y la corrupción transnacional

### A) Responsabilidad del Estado receptor de la inversión

Al igual que ha sucedido con la jurisprudencia arbitral, pocos han sido los comentaristas que han avanzado sobre el verdadero alcance de grado de responsabilidad que los Estados de acogida deben soportar cuando ha quedado totalmente demostrado que un funcionario público ha cometido delitos de corrupción. Bernardo Cremades señaló los principios generales sobre la responsabilidad del Estado cuando se postula que la corrupción de los funcionarios públicos debe ser atribuible a los Estados de acogida:

“En el Derecho internacional, un Estado es responsable de los actos cometidos por sus funcionarios, cualquiera que sea su estatus, de sus competencias, incluso cuando los funcionarios exceden su autoridad, contravienen las instrucciones, o violen del Derecho interno. En consecuencia, si un funcionario público acepta un soborno en el ejercicio de sus funciones públicas en cierto modo, por ejemplo, facilitando el camino regulatorio para una inversión extranjera, entonces, los actos de ese funcionario se atribuyen al propio Estado en el Derecho internacional público”<sup>260</sup>

No obstante, no hizo una conclusión categórica, sobre el problema de hacer responsables de manera directa y total a los Estados por el acto de corrupción cometido por un funcionario público. Añadió que “se trata de saber si es posible distinguir entre un acto de un funcionario (tales como la emisión de una licencia, o autori-

---

<sup>260</sup> B.M. Cremades, “Corruption in Investment Arbitration”, en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum Robert Briner, Gerald Aksen* (ed.), ICC Publications, 2005, pp.203, 216, citando a J. Crawford, *The International Law Commission’s Articles* (n 13), 106–9; I. Brownlie, *State Responsibility, Part I No. 1*: “In international law, a State is responsible for acts committed by its officials, of whatever status, in their official capacity, even when the officials exceed their authority, contravene instructions, or violate internal law. Accordingly, if a public official accepts a bribe to exercise his public duties in a certain manner, for example by smoothing the regulatory path for a foreign investment, then the acts of that official are attributed to the State itself in public international law”.

zación y adjudicación de un contrato) y la deshonestidad de un oficial para los fines de atribución<sup>261</sup>.

Esta observación se aproxima a la esencia de las incertidumbres que rodean a la responsabilidad del Estado por la corrupción, pero no se adentra plenamente en el problema. El tema involucra la cuestión de si “la falta de honradez de la oficial” (es decir, su / su conducta corrupta) se puede atribuir al Estado anfitrión; claramente actos ilegales, incluso cuando efectuadas por artificio, son atribuibles al Estado como una responsabilidad básica del canon de Estado.

En el mismo sentido, quizás el “quid” de la cuestión sería analizar la delgada línea que existe entre si la “falta de honradez” puede ser considerada dentro o fuera de los “actos oficiales”, es decir, ¿debería ser considerada un acto de naturaleza privada y por lo tanto no imputable al Estado o por el contrario la corrupción por su naturaleza de ilegalidad en virtud del Derecho internacional que exige normas especiales de desarrollo sobre su atribución que modifican los principios de aplicación general permitiría que el acto ya no fuese tan privado sino que repercutiera más allá de esa esfera privada, invadiendo la Estatal?

Pese a que la corrupción es una conducta cada día más rechazada en el ámbito de los negocios transnacionales, y pese a que ha sido considerada contraria al orden público internacional, todavía no ha llegado a ser considerada como un acto ilegal abiertamente tan perturbador como otras conductas igualmente ilegales pero con un rechazo totalmente arraigado en nuestra comunidad internacional, conductas tales como piratería, uso ilegal de la fuerza, incluso crímenes de lesa humanidad o genocidio, en otras palabras, normas imperativas que han alcanzado el estatus de *ius cogens*, capaces de comprometer la responsabilidad del Estado junto con la responsabilidad penal del propio individuo particular<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> B.M. Cremades, “Corruption in Investment Arbitration”, *op. cit.*, pp. 203, 216.

<sup>262</sup> *Vid.* A. Cassese, “The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *Eur. J. Int’l L.*, 18, 2007, p. 649;



Diferente punto de vista sobre la atribución de responsabilidad a un Estado por actos de corrupción sería, considerar que cuando un funcionario público, solicita/extorsiona y acepta un soborno está realizando un acto que va a producir un beneficio al inversionista extranjero que entrega el soborno, pero con esta conducta, también está perjudicando al resto de los inversionistas que concurren, a priori en igualdad de condiciones que el corrupto a realizar su negocio en el país de acogida y consecuentemente, por un lado, está dejando de cumplir los principios de igualdad y trato justo, protegidos en todos los acuerdos y Tratados de inversión, y por otro lado, beneficiando a un inversor en perjuicio del resto de inversores concurrentes, estaría proporcionando un mal servicio o un servicio anormal que estaría perjudicando no solo a la Administración del Estado sino que también al sector económico de su país.<sup>263</sup>

Que la consumación de la corrupción es un acto bilateral, es una conclusión que se desprende de los casos analizados, pero dicho acto únicamente consistiese la solicitud/extorsión llevada a cabo por un funcionario público, es decir, un acto unilateral cuyo ilícito fuese cometido por el oficial de un Estado, entonces si sería desde un punto de vista jurídica más fácil poder comprometer la responsabilidad internacional de un Estado. Una vez más, hay que poner de manifiesto la gran dificultad que presenta demostrar de manera irrefutable que se ha cometido un acto de corrupción.

Si el soborno se consumó, es decir, existió un *quid pro quo*, una parte ha pagado libremente y la otra en las mismas condiciones de libertad ha recibido, las repercusiones y efectos jurídicos cambian totalmente: al inversor legalmente no le correspondería acción alguna para solicitar un arbitraje internacional, desde el ámbito penal, sería ilógico que acusara a la otra parte de un delito que él mismo ha cometido; y en este supuesto el Estado no sería considerado responsable por actos de corrupción atribuible a la persona de su funcionario público.

---

A.P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, op. cit., [10.37].

<sup>263</sup> Caso *EDF (Services) c. Romania*

En conclusión se podría decir que el acto de corrupción realizado por un funcionario público extorsionando mediante la solicitud de un soborno a un inversionista extranjero, sería atribuible la responsabilidad al Estado, siempre y cuando el inversor pudiera demostrar el ilícito penal. Sin embargo, cuando el delito ha sido cometido por las dos partes, el Estado no debería ser considerado responsable del delito de corrupción.

#### B) Laudo CCI No 9333

La moralidad es un estándar exigido en cualquier tribunal, tal y como ha quedado demostrado en los distintos laudos arbitrales, tales como en el caso CCI No. 9333 de 1998 en el que la demandante, una empresa francesa, la Société L. Francia, en enero de 1995, firmó un acuerdo de consultoría con un agente marroquí con intención de que éste le ayudara a establecerse financiera y económicamente en un país africano. En dicho acuerdo se estipuló una comisión sobre la cantidad total a la que alcanzara el contrato obtenido por el agente.

La demandada, obtuvo un contrato público cuyo montante ascendía a más de 7 millones de francos franceses, de los cuales, se comprometió a pagar una comisión 1,9 millones de francos franceses libres de impuestos.

El contrato de consultoría fue negociado y redactado antes de que la empresa francesa obtuviera la licitación, sin embargo, no fue firmado dicho acuerdo hasta después de que la demandada ya había obtenido la licitación.

En julio de 1994, la empresa la Société L, fue absorbida por la R Inc., una compañía americana. La empresa americana, notificó a todas sus filiales que éstas debían de adherirse a la legislación americana, concretamente a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Foreign Corrupt Practice Act o FCPA) .

No obstante lo anterior, la demandada, pagó a la demandante 415.000 francos franceses y en enero de 1996 depositó en una cuenta suiza a nombre de la demandante otros 310.000 francos franceses. En marzo del mismo año la demandante, envía una fac-

tura a la demandada por un importe de 435. Francos franceses, pero en esta ocasión la demandada no acepta dicho pago.

Ante dicho impago, la demandante intentó organizar una serie de reuniones con la otra parte para poder llegar a un acuerdo.

En julio de 1996, las partes se reunieron y la demandada puso en conocimiento del agente que la nueva política económica de la empresa, le impedía pagar la comisión que se le adeudaba fuera del país africano en el que se había realizado el negocio. A lo que el agente, respondió que no podía cobrar ninguna de la cantidad que se le adeudaba en su país porque de ese modo, debería de compartirla con determinados funcionarios del mismo.

Esta afirmación, supuso para la parte demandada, representada en aquella ocasión por representantes de la empresa americana, un reconocimiento por parte del Sr. X de que los pagos que dicha empresa estaba realizando a través de su filial francesa, tenían como objetivo el pago de sobornos, por lo que los directivos, suspendieron el resto de los pagos por ser estos contrarios a las leyes de su país. El agente del país africano, intentó como último recurso, reducir el importe de sus comisiones con el fin de que se le abonaran alguna de las cantidades todavía pendientes.

Ante la rotunda negativa por parte de los representantes de R. Inc. la demandante presentó ante los tribunales de la CCI, una solicitud de arbitraje, tal y como estaba previsto en una de las cláusulas del contrato de consultoría firmado por las partes.

Por su parte, la compañía francesa, declaró que había dejado de realizar los pagos de las comisiones a la demandante, porque el objeto del acuerdo era ilícito y contrario a las normas morales y solicitó del tribunal que este dictara un laudo en el que declarara que el contrato era nulo según el Art. 20 del Código suizo el cual declara que un contrato es nulo si el mismo propone hacer algo ilícito o en contra de las normas morales. Asimismo la demandada, también alegó que los pagos reclamados por la demandante eran contrarios a la FCPA.

El tribunal, en primer lugar, pasó a determinar si el contrato, efectivamente, podría ser declarado nulo según la legislación suiza.

Una vez estudiadas las pruebas, el árbitro argumentó que dado que la parte demandada, no estaba al tanto de las acciones ilícitas de la parte demandante, el contrato entre las partes no podía ser declarado ilícito, sin embargo, puntualizó que aunque el contrato no podría ser declarado ilícito bajo las leyes suizas, y que puesto que no existió un objetivo común por las dos partes de sobornar a un tercero, tampoco podría ser considerado contrario a las normas morales del derecho suizo y consecuentemente declarado el contrato inválido.

Para determinar si el contrato era realmente inválido o no, el juez estudió una a una las pruebas presentadas por las partes:

En primer lugar, las pruebas presentadas por la demandada para acreditar su versión fue el testimonio del directivo de la multinacional americana refiriéndose a su reunión con la demandante en julio de 1996. De dicha reunión, no hubo ni se presentó por ninguna de las partes ningún otro testigo que ellos mismo. Dichos testimonios eran totalmente opuestos, por lo que para el tribunal era totalmente imposible saber exactamente qué ocurrió y dar mayor credibilidad a una u otra parte. Debido a las pocas evidencias aportadas por las partes, el árbitro decidió analizar algunos indicadores de conducta corrupta que pudiera haber existido por parte de las partes. El principal indicador que consideró el juez que podría ser el más importante fue el de la comisión. La comisión fue de 1,9 millones de francos franceses, de un contrato de 7 millones, representaban alrededor de un 30% del valor del contrato de licitación obtenido por la demandad. Esta comisión le pareció una cantidad exorbitante y totalmente desproporcionada en relación con la práctica común y por lo tanto le permitía al juez generar sospechas acerca de si se había podido firmar un contrato que encubriera el pago de sobornos. Sin embargo el árbitro no se detuvo en este hecho sino que continuó analizando cuales podrían haber sido las causas que llevó a las partes a firmar este tipo tan alto de comisión.

El juez, determinó que el importe de la comisión había sido tan alto y se justificaba por las siguientes razones:

El acusado no podría haber ganado el concurso sin la intervención de la demandante. La empresa pública africana no tenía relación alguna con la demandada. El padre de la demandante, había

sido una pieza fundamental en la obtención del contrato. La parte demandante había llevado a cabo todos los servicios acordados en el marco del acuerdo de consultoría. La comisión inicialmente exigida por la demandante fue de 4 millones de francos franceses y posteriormente se redujo de manera unilateral por la demandada a 2 y después a 1,9 millones de francos franceses. El acusado tenía la intención de entrar en un nuevo mercado a través de un acuerdo estratégico. El contrato obtenido por la demandada al parecer, ya había sido concedido previamente a otra empresa.

*“· The Defendant could not have won the award from the African company without the intervention of the Plaintiff.*

*· The African company was not familiar with the Defendant.*

*· The Plaintiff's father had been instrumental in advancing the career of the President of the African company.*

*· The Plaintiff had provided all of the services it agreed to perform under the Consulting Agreement.*

*· The commission initially demanded by the Plaintiff was 4 million French Francs and it was unilaterally reduced by the Defendant from 2 and then to 1.9 French Francs.*

*· The Defendant wanted to penetrate into a new market by way of a strategic deal.*

*· The deal won by the Defendant apparently had already been secured by another company.”*

Finalmente, el árbitro concluye que habría sido muy difícil, si no imposible, que la demandada hubiera llegado a conseguir su contrato público sin la intervención de la demandante por lo tanto, aunque la comisión estaba por encima del tipo de interés pagado para estos casos, en el presente estaban justificados y eran razonables dadas las circunstancias.

*“... That it was difficult, if not impossible, for the Defendant to have won this deal without the intervention of the Plaintiff... even though the commission was above the norm it was justified and reasonable under the circumstances.”*

El árbitro señaló que en el caso existía una falta total de pruebas documentales, presentadas por la demandada, hasta tal punto que en realidad dichas pruebas lo único que demostraban era el nuevo rumbo político seguida por la empresa al ser absorbida por una multinacional americana, pero en ningún caso, proporciono prueba alguna del contenido de la reunión mantenida entre las dos partes. De igual modo, tampoco quedó justificado el motivo por el cual se dejó de pagar a la demandante.

El árbitro en varias ocasiones manifestó que la falta de pruebas presentadas por la Société L., fueron lamentables.

El árbitro sostuvo que bajo la ley suiza, cada parte debe de probar los hechos que en ella se alegan para poder reclamar un derecho. Por lo que la demandada tenía la carga de la prueba de demostrar su alegación de que la demandante había realizado una actividad corrupta, y esta no lo hizo de manera convincente. Por lo que el pago de sobornos por parte de la demandante no se había probado. Tras analizar la ley suiza, pasó a examinar la aplicación de la ley americana, en concreto la FCPA, en la relación contractual entre las partes, la demandada alegó que dicha ley prohibía que los pagos fueran realizados fuera del país africano, dado que la relación contractual se realizaba en aquel ámbito territorial. Sin embargo, el juez concluyó, que en aquellas circunstancias excepcionales, la legislación americana era contraria a las morales y a la legislación suiza, y dado que en ningún momento se había demostrado la existencia de corrupción el pago de los honorarios de la demandante hechos fuera del país africano podía ser contraria a la legislación americana, pero no a la suiza que era la de aplicación al contrato. Además, la ley americana no era una norma imperativa al presente contrato, debido a que las partes eran, de un lado, la demandante, nacional del país africano y la demandada, francesa, que con posterioridad había sido absorbida por una internacional americana, pero la misma, no era parte en el proceso arbitral por lo tanto no era de aplicación al mismo y el objetivo de la FCPA no era otro que el combatir la corrupción en todas las empresas americanas que tuvieran relaciones comerciales en países extranjeros. En última instancia, el árbitro consideró la cuestión de si la parte demandante tenía alguna obligación fiduciaria con la empresa africana y estudió que

bajo la legislación suiza, no existía obligación fiduciaria a pesar de que existía una excelente relación con el Presidente de dicha empresa.

El árbitro emitió un laudo reconociendo a la demandante la suma de 1.176 millones de francos suizos que era el resto de la comisión que se le adeudaba, más intereses del 5%.

Las costas legales de las dos partes, así como las del arbitraje se le impusieron a la demandada.

### C) Referencia a los trabajos de la CDI

Cualquier prohibición de la corrupción oficial pública, una solución quizás, más pertinente y matizada sería si las normas internacionales contra la corrupción incluyen una norma específica de la atribución que limite la aplicación de las normas contra la corrupción al funcionario público y no atribuir responsabilidad al Estado receptor mismo. De hecho, hay un cierto grado de artificialidad en la conclusión de que la corrupción del Estado de acogida no es atribuible en virtud de la regla 'secundaria' en la atribución consagrada en el art. 7 de los artículos de la Comisión de Derecho internacional (CDI), cuando en realidad se trata de la “norma primaria” - las particularidades de la corrupción transnacional que afecta necesariamente el contenido del derecho internacional contra la corrupción, incluso en el ámbito de la atribución - que crea la regla *lex specialis* sobre la atribución que opera como una excepción a la regla general<sup>264</sup>.

---

<sup>264</sup> L. Condorelli y C. Kress, 'The Rules of Attribution: General Considerations', en *The Law of International Responsibility* (J. Crawford et al. (eds.)), Oxford University Press, 2010, pp. 221, 225: “...there undoubtedly exists a close link, in some cases extremely close, between the applicable primary rule and the rules of attribution...It is also true, as will be seen in more detail below, that a primary rule may, in certain cases, be accompanied by a special rule of attribution, i.e. a secondary rule specially conceived in order to permit the operation of the primary rule in question...However, even admitting that this is the case, it in no way precludes adoption of the view that it is not only entirely correct, but also useful to recognize the existence of general rules of attribution...It is useful because the existence of a special rule of attribution

Después de todo, las reglas de atribución no operan en un vacío jurídico, por lo que encuentran sentido cuando incorpora dentro de la realidad en la que está destinado a ser regulada por las áreas sustantivas de derecho internacional', tales como la corrupción.

El Derecho internacional proporciona orientación escasa en este sentido de una forma u otra - sólo hay casos aislados donde los instrumentos internacionales han atribuidos implícitamente responsabilidad internacional por la corrupción oficial pública al Estado, que obligan a la compensación para aquellos que han sufrido daños<sup>265</sup>.

Es posible que los principios generales de la atribución en virtud de los artículos de la CDI no se puedan recurrir, habiendo sido sustituidos por las normas "primarias" de Derecho internacional sustantivo contra la corrupción. Sin embargo, hasta ahora, no parece haber ninguna articulación de una regla especial de imputación en los casos de ley contra la corrupción - en el mejor de los casos, este principio se insinuó en algunos de casos del CIADI tales como el *SPP c. Egipto* y *World Duty Free c. Kenia*; pero las autoridades invocadas en los casos no son de procedencia derecho internacional público.

---

*ratione materiae constitutes very much the exception, such that normally it is necessary to rely on the general (secondary) rules of attribution*".

<sup>265</sup> Una de las pocas normas internacionales relativas a la responsabilidad del Estado sobre los actos de corrupción se encuentra en el Convenio del Consejo de Derecho Civil de Europa sobre la corrupción. Artículo 5: De la responsabilidad del Estado: "Cada Parte establecerá en su derecho interno procedimientos apropiados para que las personas que hayan sufrido daños resultantes de un acto de corrupción cometido por sus agentes públicos en el ejercicio de sus funciones puedan reclamar indemnización al Estado o, si se trata de una Parte que no sea Estado, a las autoridades competentes de dicha Parte".





## CAPÍTULO IV

### VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE CORRUPCIÓN

#### I. Problemas relativos a la separabilidad

##### *1. Alcance del postulado*

Los árbitros pueden declinar su competencia incluso antes de pasar a analizar el fondo del asunto, sin embargo vamos a dar un paso más e investigar como incide la nulidad de un contrato sobre la validez de la cláusula compromisoria o acuerdo de arbitraje que forma parte del mismo, de cómo el árbitro alcanza su conclusión de nulidad y en la incidencia de su propia jurisdicción.

De acuerdo con el principio de separabilidad o divisibilidad del acuerdo arbitral, toda cláusula compromisoria del contrato deberá ser entendida como un acuerdo totalmente independiente del resto de las estipulaciones del contrato<sup>266</sup>. Dicha propuesta parece que el convenio arbitral se resiste a seguir la suerte de la posible nulidad del contrato principal. A continuación se pretende analizar que incidencia tiene la corrupción sobre dicho principio de separabilidad.

El avance y desarrollo del arbitraje internacional se ha basado en gran medida en este principio. Así quedó demostrado en el caso

---

<sup>266</sup> J.C. Fernández Rozas, “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 697–725.

*Harbour Assurance c. Kansa Gen*<sup>267</sup>, en la que el tribunal constató que el alcance del principio de la divisibilidad de la cláusula de arbitraje en un contrato escrito integrado. Ese principio es la abreviatura legal que un grupo de normas que rigen las circunstancias en que la cláusula de arbitraje sigue siendo vinculante a pesar de la invalidez, despido, terminación o rescisión del contrato.

*“This case is concerned with a different matter, namely the scope of the principle of the separability of the arbitration clause in, an integrated written contract. That principle is legal shorthand for a group of rules which govern the circumstances in which the arbitration clause remains binding despite the invalidity, discharge, termination or rescission of the contract.”*

El principio de la divisibilidad se sustenta en la idea de que el acuerdo de arbitraje conceptualmente puede separarse de la relación contractual subyacente<sup>268</sup>.

Esta separabilidad provoca un efecto inmediato en la validez del acuerdo de arbitraje, no viéndose comprometido dicho acuerdo por la terminación, suspensión o nulidad del contrato principal.<sup>269</sup> Consecuentemente, el acuerdo de arbitraje puede seguir siendo válido a pesar de que el contrato principal resulte ser nulo de pleno derecho. La razón se debe a que las partes reconocieron estar de acuerdo en el inicio de un proceso arbitral para solucionar cualquier conflicto que pudiera surgir derivado de dicho contrato, con lo que confirieron a terceros, árbitros, la facultad jurisdiccional para evaluar todos

---

<sup>267</sup> *Harbour Assurance Co. (U K) v. Kansa Gen, Int'l Ins. Co.*, 1 Lloyd's Rep. 81 (Q.B. 1992); Vid. A. Redfern y M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p.263.

<sup>268</sup> La expresión “acuerdo de arbitraje” aquí es utilizada para designar una cláusula de arbitraje, insertada en el propio contrato, así como el acuerdo de arbitraje realizado en un documento separado. Vid. A. C. Foustoucos, “Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement”, *J. Int'l Arb.*, vol. 5, No. 1987, pp. 113-129.

<sup>269</sup> J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 595-603.

los aspectos de su contrato, incluyendo el de su validez. En otras palabras, el acuerdo entre las partes de sumisión a arbitraje proporciona facultades de carácter jurisdiccional al árbitro para que éste pueda decidir sobre su propia existencia.

Desde un punto de vista práctico, parece conveniente establecer este principio de separabilidad como un principio jurídico asentado con el fin de impedir que las partes puedan plantear la nulidad del contrato principal con el único propósito de eludir u obstaculizar su sometimiento a un procedimiento arbitral<sup>270</sup>.

No obstante, se establece una presunción legal de que el acuerdo de arbitraje es válido, a menos que se demuestre que dicho acuerdo es contrario al orden público.<sup>271</sup>

Este principio de validez encuentra su base jurídica en la ley aplicable al arbitraje internacional o “law proper to international arbitration” dicha ley rige el conflicto y determinará el razonamiento arbitral. Pero únicamente una concepción internacional del orden público podrá ser la que imponga límites a la validez del acuerdo de sometimiento a arbitraje.<sup>272</sup>

El orden público afecta al acuerdo de arbitraje a tres niveles: el primero, puede indicar que algunas cuestiones no son susceptibles de arbitraje; en segundo, controla la formación adecuada del acuerdo de arbitraje; y en tercero y último, proporciona un control sobre el objeto de la controversia que se arbitró.<sup>273</sup>

En la práctica judicial y arbitral, dicha reafirmación de la autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral, no es únicamente en relación del contrato principal sino también con respecto a la ley

---

<sup>270</sup> J.F Poudret y S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zürich, LGDJ, 2002, p.134.

<sup>271</sup> *Vid.* P. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international et l'ordre public*, París, LGDJ, 1999, p. 233, par. 419.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 252, par. 443

<sup>273</sup> A. Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 45

nacional, esta tendencia tuvo al principio mucha acogida en el arbitraje en Francia llegando a ser para algunos el acuerdo de arbitraje como algo “indestructible”<sup>274</sup>

## 2. Situaciones en presencia

La cuestión de la incidencia que provoca la alegación de corrupción sobre el principio de separabilidad de la cláusula compromisoria puede plantear dos situaciones diferentes:

La primera de ellas, puede ser en aquellos casos en los que existiendo un contrato de comisión, éste contenga una cláusula de sumisión a arbitraje. En este supuesto la posibilidad de existencia de corrupción puede ser investigada por el juez de oficio, como sucedió en el caso CCI No. 1110 anteriormente mencionado, por lo que el juez es quien plantea la cuestión de existencia de corrupción; o ser investigada a instancia de parte, cuando una de las partes del proceso arbitral es quien alega la existencia de corrupción, en ambos supuestos la pregunta que se suscita es si la naturaleza corrupta del contrato constituye una situación bajo la cual el principio de divisibilidad debe ser sacrificado.

La segunda de las situaciones puede ser en aquellos casos en los que se ha obtenido un contrato público con posterioridad a la existencia y ejecución de un contrato de comisión o de intermediario. La pregunta que se suscitaría es cuál sería el grado en que la incidencia de la corrupción viciaría el consentimiento de la Entidad Pública que ha suscrito el contrato y en qué manera, dicho consentimiento viciado por un ilícito legal afectaría a la cláusula de arbitraje en el contrato de Contratación Pública?

En base a las preguntas anteriores, trataremos de responder a los siguientes temas:

---

<sup>274</sup> Dicho término fue acuñado por A. Rogers y R. Launders, “Separability - The Indestructible Arbitration Clause,” *Arbitration International*, vol. 10, 1994, pp. 77-90.

En primer lugar, qué efecto causa la nulidad de un contrato de corrupción sobre la validez del acuerdo de arbitraje.

En segundo, que efecto de un posible acuerdo expreso o tácito de las partes sobre descartar cualquier problema en el que esté implícita la corrupción, tendría sobre el acuerdo de sometimiento a arbitraje,

Por último, qué efecto causaría un contrato obtenido mediante corrupción sobre la validez del acuerdo de sometimiento a arbitraje por las partes.

El principio de divisibilidad, tiene como función principal el aislar o proteger el acuerdo de arbitraje de la suerte del contrato subyacente. Constituye una barrera que evita problemas de nulidad, derivados del contrato principal, que le permita filtrarse en el acuerdo arbitral. Convirtiendo dicho acuerdo en un compartimento estanco. De hecho, hemos visto que existe una presunción legal a favor del acuerdo de arbitraje. Sin embargo, ¿hasta qué punto es irrompible esta barrera de separabilidad? Es más, ¿constituye la corrupción una causa de nulidad lo suficientemente grave como para sacudir esa barrera de separabilidad?

La corriente mayoritaria sostiene que la corrupción debe ser suprimida y que ésta es contraria al orden público internacional, y que dicho orden público debe de ser respetado por los árbitros internacionales<sup>275</sup>. No obstante lo anterior, pese a que la corrupción

---

<sup>275</sup> Vid. B. M. Cremades y D. J. A. Cairns, "Transnational public policy in international arbitral decision-making: The cases of bribery, money laundering and fraud" en *Arbitration Money Laundering, Corruption and Fraud*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, K. Karsten y A. Berkely (eds.), ICC Publishing 2003, pp. 65-91; "Por consiguiente, no hay duda en la actualidad de que la supresión de la corrupción y del blanqueo de capitales forma parte del orden público internacional y tiene que ser respetada por los árbitros internacionales. El lugar que ocupa el fraude contable en el orden público internacional es un asunto más complejo, aunque algunas manifestaciones de fraude contable, especialmente aquellas que podrían encubrir la corrupción y el blanqueo de capitales o un delito grave, también quedan incluidas dentro del orden público internacional."

se haya constituido una clara violación del orden público, ésta no es suficiente para establecer que dicho principio de divisibilidad deba ser nulo. De hecho algunos consideran que únicamente dependiendo de la gravedad de la violación del orden público, el principio de divisibilidad podría quedar afectado.<sup>276</sup>

Así quedó de manifiesto en el caso *Westacre c. Jugoimport* en el que la Corte inglesa, al estudiar el fondo del asunto, dejó claro que el principio de separabilidad e independencia del acuerdo de arbitraje depende de la evaluación de dos aspectos o circunstancias:

En primer lugar, de la naturaleza del carácter ofensivo de la supuesta “ilegalidad”, que a su vez, sugiere una evaluación del grado de tolerancia social de la situación en que dicha ilegalidad donde se realiza el arbitraje, teniendo en consideración la política de aceptación de los laudos internacionales, y

En segundo lugar, se debe tener en cuenta, el modo en el que el tribunal sopesó la cuestión de ilegalidad, y el grado de competencia de sus miembros.

### 3. *Laudo CCI n° 3916*

En el caso de la *CCI* n° 3916, los hechos expuestos fueron, que las partes firmaron un contrato de consultoría, por el que una empresa griega pagaría un 2% de comisión por cada contrato que consiguiera a la demandante con el gobierno iraní.

Las partes, firmaron dos contratos diferentes en la ciudad de Teherán, uno en lengua francesa y el otro en inglesa, la diferencia entre ambos contratos, estribó en que en el contrato suscrito en lengua francesa no se expresaba la ley aplicable al contrato, mientras

---

<sup>276</sup> A. Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, op. cit., p. 47; “...In particular, it was affirmed that there are instances in which the insulation of the arbitration agreement can hardly be sustained in the face of grave grounds of nullity. It remained to determine such grounds, precisely when the separability doctrine purported to guard the arbitration agreement against the turmoil of the underlying contract”.

que la inglesa se indicaba inequívocamente que en caso de desavenencia entre las partes se debía de acudir a la vía del arbitraje de la Cámara de Comercio de París y aplicarse al mismo la ley francesa.

*“If the disagreement persists, the Parties will eventually call on final arbitration to result in an award according to French Law by the International Chamber of Commerce in Paris.”*

El demandante consiguió para la empresa griega varios contratos con el gobierno iraní, sin embargo, la revolución que estalló en dicho país en 1979, hizo que la demandada abandonara todas las actividades comerciales en dicho país. Como consecuencia de lo anterior, la empresa griega cumplió únicamente de manera parcial el acuerdo, dejando a deber una cantidad de los porcentajes al demandante.

Durante el arbitraje, el tribunal, solicitó a la parte demandante que demostrara como su asesoramiento había contribuido en la obtención de los alegados contratos, sin embargo, éste se negó a proporcionar dichas pruebas.

En primer lugar el juez decidió sobre qué ley era la aplicable al contrato, el árbitro consideró que podrían serlo tanto la ley iraní como la francesa, la inglesa e incluso la austríaca, sin embargo concluyó que la ley aplicable al contrato sería la iraní y la francesa, la primera, por ser el lugar donde se realizaron las actividades comerciales y la segunda porque fue la indicada en el contrato suscrito en versión inglesa. El árbitro consideró que según las leyes iraníes, más concretamente a su Código Civil, tanto el soborno como la corrupción eran prácticas contrarias al Orden Público por ello el contrato debía ser declarado nulo. Igualmente determinó que según las leyes francesas el tráfico de influencias o soborno en cualquier tipo de contrato, determinaba la ilicitud de este y por lo tanto su nulidad. El árbitro desestimó la pretensión del demandante y le condenó a pagar todas las costas del procedimiento y cada parte debía abonar las de sus respectivos representantes.

El tribunal subrayó la independencia de la cláusula compromisoria con respecto al contrato del cual forma parte, por lo cual el tri-



bunal arbitral pudo confirmar su competencia y proceder a anular el contrato de fondo por considerar que éste era un ataque directo al orden público, y a la moralidad de las relaciones internacionales.

*“...civilized nations recognize the legal principle that agreements that seriously breach acceptable standards of behavior or international public order are void and cannot be enforced. That is true even if in certain countries corruption of public officials is generally accepted as a way to conduct business affairs.”*

Esta exaltación de la separabilidad del acuerdo arbitral pronto se iría desvaneciendo debido al creciente número de casos de arbitraje internacional en los que se alegaban prácticas “reprochables” como el soborno.

Algunas voces comenzaron a unir esfuerzos para que la aplicación de este principio no supusiera incurrir en un exceso, permitiendo en muchos casos en que la solución a los conflictos que surge entre las partes sea el arbitraje, y que de dicha solución arbitral resulten el reconocimiento de la validez de algunos contratos que en realidad enmascaran contratos creados para realizar un pago de soborno por la obtención de un contrato público. Y por lo tanto, ayudar a la realización y cumplimiento de una acción reprobable. Dado que actualmente, la corrupción constituye una violación del orden público y las Políticas públicas. ¿En qué medida dicha violación, o probabilidad de violación, puede afectar a la existencia del principio de divisibilidad y al acuerdo de arbitraje? ¿Tiene dicho acto o violación capacidad para destruir la barrera de separabilidad y permitir que la nulidad del contrato principal afecte a la cláusula arbitral, y a la jurisdicción arbitral? ¿Podría el acuerdo de arbitraje en sí ser un instrumento para la posible consumación de la corrupción a fin de que pueda ser anulada debido a la violación de políticas públicas?

## II. Validez de un acuerdo de arbitraje en casos de corrupción

### *1. Aspectos generales*

Anteriormente, hemos estudiado supuestos en el que una de las partes, plantea una excepción a la jurisdicción del tribunal arbitral, en base a la existencia de un contrato obtenido mediante corrupción, por lo que consecuentemente, dicha parte demanda la invalidez del procedimiento que procede del contrato.

Pero también existe un segundo tipo de supuestos en el que ninguna de las partes plantea un problema de corrupción. De hecho, cabe incluso la posibilidad de que las partes soliciten al tribunal ya sea de manera explícita o implícitamente que descarte cualquier prueba testifical relacionada con la corrupción y que enfoque sus funciones en la controversia presentada por ambas partes.

En un acuerdo implícito para descartar cualquier problema que relacionado con la corrupción, las partes podrían emitir unas directrices para que fueran seguidas por el tribunal. Las partes pueden intentar restringir de manera directa mediante el “acta de misión” del árbitro las pruebas relacionadas con el acuerdo y excluir las que supongan cuestionar la validez del mismo. Asimismo, al inicio del procedimiento arbitral, las partes podría abstenerse de realizar manifestación alguna sobre cuestiones de validez, aunque en el desarrollo del proceso podría proceder a presentar pruebas que lleven a cuestionarse la validez del acuerdo. En otras palabras, el objeto de la controversia “*l’objet du litige*” es el determinado por las respectivas pretensiones de las partes, tal y como se ha defendido en innumerables ocasiones, lo que para alivio de las partes, no incluye cuestiones de validez.

La competencia material del árbitro se determina de este modo particular, ya sea mediante el contrato inicial o por la conducta posterior de las partes, especialmente en la definición del alcance de la materia objeto de la controversia, con el fin de no incluir las cuestiones sobre la validez del contrato.

Las partes pueden excluir explícitamente las cuestiones relacionadas con la validez del acuerdo, y exigir al tribunal que éste no cuestione su jurisdicción o conjuntamente declarar que ambos aceptan la jurisdicción de tribunal en relación con la materia objeto de la controversia entre las partes, y ésta ha sido previamente definida por las conclusiones presentadas por las partes.

Ante estas posturas, ¿cuál debe de ser la actitud del árbitro? La respuesta a esta cuestión se hace más necesaria aún en aquellos casos de corrupción en los que el árbitro encuentra su postura bastante incómoda al entrar en el fondo del cumplimiento del contrato, sin que se pueda cuestionar su validez.<sup>277</sup>

Este aspecto se encuentra vinculado al ya referido principio de *Kompetenz-Kompetenz* en virtud del cual todo árbitro está revestido de autoridad no únicamente para poder determinar sobre su propia competencia para conocer del litigio ante él expuesto, sino que además está facultado para analizar y determinar la validez o existencia del contrato.<sup>278</sup>

Este principio asegura, principalmente que las partes no puedan entorpecer, mediante paralizaciones o suspensiones, tan fácilmente el procedimiento arbitral una vez que éste ya se ha iniciado.<sup>279</sup>

A continuación examinaremos el laudo emitido por el juez Lagergren que resuelve el dilema anteriormente expuesto.

---

<sup>277</sup> Vid. R. H. Kreindler, "Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts," en *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Londres, ICCA Congress Series, No. 11, Kluwer International, 2003, p. 8 ff. 205; K. Mills, "Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto", en *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, ICCA Congress Series, No. 11, Kluwer International, 2003, p. 294.

<sup>278</sup> J-F. Poudret y S. Besson, *Comparative law of International Arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 133.

<sup>279</sup> E. Silva Romero, "Breves observaciones sobre el principio "Kompetenz-Kompetenz", en *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Editorial Legis, 2005, pp. 579-588.

## 2. Corte Penal Internacional caso No. 1110 de 1963: El laudo Lagergren

Extractos del laudo Lagergren han circulado desde hace mucho tiempo en la literatura especializada del arbitraje internacional. Dicho laudo fue criticado por muchos y tomado por otros como una declaración autorizada de la ley. Este laudo fue por primera vez publicado en su totalidad en 1992, treinta años después de su emisión.<sup>280</sup>

Este arbitraje se refería sobre un contrato suscrito en el año 1950, en virtud del cual una empresa británica de material eléctrico, había contratado los servicios de un ingeniero argentino en calidad de intermediario, para obtener un contrato de obra pública en la Argentina en la era Perón. A cambio el intermediario recibiría una comisión del 10% (pagaderos de forma fraccionada, 5%, 2,5% y el 2,5% transferibles a terceros), sobre la cantidad total a la que ascendiera el contrato obras.

Ambos se sometieron a un arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en caso de que existieran diferencias en el futuro entre las partes.<sup>281</sup>

En 1956, la empresa británica obtuvo la adjudicación de un contrato de obras y se negó a pagar al intermediario por considerar que éste no había realizado “esfuerzo o actividad alguna” por conseguir dicho contrato.

---

<sup>280</sup> Vid. Caso CCI No. 1110, *Arb. Int'l*, vol. 10, No. 3, (1994), pp. 282-294.

<sup>281</sup> Texto original del contrato: “*Les soussignés [Claimant], ressortissant argentin, demeurant — Buenos Aires et [Respondent], so cié té de droit anglais ayant son siege — London, sont d'accord pour faire trancher définitivement toutes les réclamations de [Claimant] envers [Respondent], et notamment sa demande de commission, qui ont fait l'objet en dernier lieu d'un échange de correspondance entre les soussignés depuis le 9 juillet 1958, suivant le Règlement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale par un arbitre'. nommé conformément à ce règlement. Les soussignés désirent que l'arbitrage ait lieu à Paris*”.

Ante la falta de acuerdo, el intermediario interpuso una demanda contra la compañía británica ante la CCI, recayendo posteriormente este asunto ante el árbitro, el juez Lagergren.<sup>282</sup>

El Sr. Lagergren, para decidir sobre la cuestión de su propia competencia, indagó “de oficio” sobre la verdadera intención de las partes al suscribir el contrato, llegando a la conclusión que en realidad, tras éste se encontraba el soborno de funcionarios públicos con el fin de obtener un contrato de obras del gobierno argentino. Por lo que declinó tener jurisdicción para conocer del asunto y competencia para resolverlo, ya que se trataba de un contrato “condenado por la moral y el orden público”. Todo ello pese a que las partes de este arbitraje solicitaron al tribunal que decidiera sobre el mismo con arreglo al acta de misión.

El juez se refirió a la Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencia Arbitrales Extranjeras en virtud de la cual se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral si la autoridad competente considera ésta contraria al orden público del país. El juez consideró que el contrato también era contrario a la ley francesa, sede del arbitraje y a la ley argentina, la ley del lugar en el que debía cumplirse el contrato. Por todo ello concluyó que “existe un principio general del Derecho, reconocido por las Naciones Civilizadas, y éste es, que aquellos contratos que violan gravemente la costumbre o el orden público internacional no son válidos y mucho menos aplicables, y por lo tanto no deben ser aprobadas por los jueces o árbitros”. Igualmente consideró que “las partes que se habían aliado en un contrato de esa naturaleza, habían perdido el derecho de pedir ayuda a la maquinaria de la justicia para la solución de sus controversias.

---

<sup>282</sup> Vid. J. Giles Wetter. “Issues of Corruption before International Arbitral tribunal: the Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 award in ICC Case n. 1110”, *Arb. Int’l*, vol. 10, 1994, p. 277-294. Vid. también, A. Sayed, “Corruption in International Trade and Commercial Arbitration”, *op. cit.*, pp. 59, 63, 111, 289, 308, 362, 373, 429, 468 y 489.

*“Even so, however, there are other circumstances which should be taken into account before it could be established that the action brought before me seriously affects bonos mores. I leave to accept (witness 3's) statement that during the Peron regime everyone wishing to do business in the Argentine was faced with the question of bribes, and that the practice of giving commissions to persons in a position to influence or decide upon public awards of contracts seems to have been more or less accepted or at least tolerated in the Argentine at that time. On the other hand it must be remembered that we have to do here with a mere favor which could be overlooked, or even with the 'little bit of money' which (witness 1) with some understatement referred to. Huge amounts are involved....*

*20”Although these commissions were not to be used exclusively for bribes, a very substantial part of them must have been intended for such use. Whether one is taking the point of view of good government or that of commercial ethics it is impossible to close one's eyes to the probable destination of amounts of this magnitude, and to the destructive effect thereof on the business pattern with consequent impairment of industrial progress. Such corruption is an international evil; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations.*

*21 ”However, before invoking good morals and public policy as barring parties from recourse to judicial or arbitral instances in settling their disputes care must be taken to see that one party is not thereby enabled to reap the fruits of his own dishonest conduct by enriching himself at the expense of the other.*

La reclamación fue rechazada por falta de jurisdicción. Esta decisión arbitral fue criticada por poner en duda la cláusula de la separabilidad entre el contrato y el acuerdo arbitral.<sup>283</sup>

El juez Lagergren fue de los primeros jueces en hacer frente a la corrupción internacional y sentó las bases para que cualquier juez declinara su competencia en los casos de corrupción, soborno y tráfico de influencias en la ejecución de los laudos arbitrajes.

---

<sup>283</sup> A. S. El Kosheri y P. Leboulanger, “L’arbitrage face à la corruption et au trafic d’influence”, *loc. cit.*, pp. 3-8. Sobre esta misma cuestión *vid.* J. Giles Wetter. “Issues of Corruption before International Arbitral tribunal: the Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case n. 1110”, *loc. cit.*, pp. 277-294, y pp. 278-279.

Consideró que el contrato celebrado era inválido y por lo tanto no existía ley dentro de la comunidad internacional que aceptase el reconocimiento o ejecución de ninguna sentencia en base a dicho contrato.

Actualmente está totalmente aceptado que el tribunal arbitral tiene la potestad y el deber de examinar de “oficio”, cuando así lo estime oportuno, cualquier tipo de corrupción aunque las partes se opongan. Mucho han cambiado las decisiones arbitrales desde el caso *Westacre* en el que el tribunal concluyó que éste no tiene obligación alguna de investigar un posible supuesto de corrupción salvo que las partes así lo planteasen. Esta posición es totalmente contraria e incompatible con la importancia que ha adquirido en el mundo del arbitraje y el Derecho la lucha contra la corrupción y su importancia con respecto al orden público internacional.<sup>284</sup>

Sobre la base, de la proposición argumentada por el Sr. Lagergren, sobre la violación de el orden público internacional y la moral.

De hecho, podemos destacar tres aspectos realmente relevantes que dejan claros en sus conclusiones sobre la Arbitrabilidad y que a menudo han sido adoptados de manera confusa:

El primero, el juez comparte la concepción convencional del arbitraje en lo que se refiere a la reserva que el Estado tiene sobre determinadas materias de los que sólo puede conocer sus tribunales estatales.

El segundo significado de arbitrabilidad, de acuerdo con Lagergren, se refiere a la siguiente interrogación: ¿puede un árbitro

---

<sup>284</sup> Consultar la declaración publicada por la corte de arbitraje en el caso *Westacre*, ver pie de página 1 precedente; cf. ICC AWARD 6497 de 1994, *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, p. 71-79, en p. 73: “(...) La demostración de la naturaleza de cohecho del acuerdo deberá ser efectuada por la Parte que alegue la existencia de sobornos (...) Una sala de lo civil y en particular un tribunal de arbitraje no tiene el poder de llevar a cabo una investigación especial y no tiene la obligación de buscar independientemente la verdad...”.

prestarse a escuchar sobre las cuestiones relativas a los contratos que violen “el orden público y la moral?”

El tercer significado de arbitraje, de acuerdo con Lagergren, se refiere a la admisibilidad objetiva<sup>285</sup> de reclamaciones presentadas con el fin de hacer cumplir los contratos que implican violación grave contra el “orden público y la moral.”

Aunque las partes acordaron la aplicación de la ley argentina al procedimiento arbitral, el juez Lagergren determinó que debía investigar en base a todos los sistemas jurídicos involucrados en el caso en cuestión, y si dicho contrato violaba el orden público y la moral de todos ellos. Los ordenamientos jurídicos analizados incluyeron la ley francesa como ley aplicable al acuerdo de arbitraje (compromis). El juez Lagergren consideró que dicha ley, en el caso de que la cuestión de la arbitrabilidad, tal como él la entendiera, siguiera adelante, debía de ser considerada como una cuestión de procedimiento en relación con el acuerdo de arbitraje.<sup>286</sup>

En cuanto a la investigación del juez Lagergren con respecto a la ley francesa, cabe señalar el razonamiento que éste hizo y que hoy se considera obsoleto. Desde su punto de vista, los casos que se vieran afectados por el orden público deberían de “ser reservados a los tribunales ordinarios”. Por su parte, el demandante argumentó que la reserva al tribunal ordinario solo se refería a casos en los que

---

<sup>285</sup> B. Goldman, “Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé”, *Recueil des Cours*, 1963, p. 437, par. 47; *Vid.* también, I. Fadlallah, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *Recueil des Cours*, t. 249, 1994, p.402, par. 40.

<sup>286</sup> Cabe señalar el hecho de que el juez Lagergren reconoció al menos la posibilidad de separación física del acuerdo de arbitraje. Juez Lagergren textualmente concluyó: “Por supuesto, hay algunas buenas razones en este caso para tratar el compromiso de 6 de julio de 1959, así como algunos de sus términos como acuerdos separados y distintos de la contractual relación de las partes sobre el fondo, y para celebrar estos acuerdos de procedimiento que se rigen por la ley francesa” .” *Ibid.* p. 291; *Vid.* G. Wetter, “Issues of Corruption Before International Arbitral tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110,” *Arb. In'l.*, vol. 10, 1994, pp. 277-281, p. 280.



quedase comprometido el “orden público francés y no al de un país extranjero”. A lo que el Juez Lagergren argumentó que “la violación del orden público de un país extranjero también podría ser considerado como una violación del orden público francés, si en el contenido de dicho orden público extranjero iba contra ciertos principios o la moral del sistema jurídico francés. El Juez Lagergren estableció una escala de infracciones del orden público. Y consecuentemente los delitos de corrupción violaban el orden público particular y propio de cada país así como sus principios generales comunes en todos ellos. La violación de la costumbre o Derecho extranjero sería según el Juez Lagergren algo específico de cada Estado. Sin embargo, en este caso concreto, la corrupción era contraria a los principios generales y al sistema jurídico franceses. Hizo un especial hincapié en lo que él llamó la distinción anglosajona, entre “*malum prohibitum*” y “*malum in se*”. Un contrato viciado por corrupción, a su entender, entraría en esta última categoría por lo que concluyó:

*“Moreover, under the French law the Arbitrators are not merely prevented from entertaining cases reserved for the ordinary Courts, but they will also, in a general manner, like the Courts, not lend their aid to enforce contracts based on grave offence to bonos mores, whether committed in France and abroad.*

*In view of these considerations and with regard to the nature of the adventure in which the parties to this dispute have engaged, as set out hereafter, French law cannot admit this case to be settled by arbitration, regardless of whether the adventure was located in France or elsewhere”*<sup>287</sup>

Atendiendo a lo que la ley argentina decía, según su art. 768:5 del Código de Procedimiento, “todas las cuestiones que afectasen a las buenas costumbres debían de ser excluidas del arbitraje” El Juez Lagergren continuó su investigación y observó que en otras disposiciones del Derecho argentino, existía una prohibición de ejecutar obligaciones o contratos contrarios a la Ley el orden públi-

---

<sup>287</sup> ICC Case No. 1110, Arbitration International 10, n° 3, 1994, p. 292, par. 8, 9.

co o las buenas costumbres, por lo que el consideró que en vista de la naturaleza de la presente disputa, desde ningún punto de vista se daba cabida a la jurisdicción arbitral:

*“According to this provision and in view of the nature of the present dispute, as set out hereafter, there is obviously no room for any arbitral jurisdiction in this case.”*

Tras el análisis comparativo de los distintos sistemas jurídicos añadió la siguiente declaración:

*“[i]t cannot be contested that there exists a general principle of law recognized by civilized nations that contracts which seriously violate bonos mores or international public policy are invalid or at least unenforceable and that they cannot be sanctioned by Courts or Arbitrators ... This principle is especially apt for use before international arbitration tribunals that lack a 'law of the forum' in the ordinary sense of the term.”<sup>288</sup>*

Por lo que el Juez Lagergren consideró que existía un principio general del Derecho, al que se debería llegar tras el análisis comparativo, sentando la base de que todo contrato “inmoral” era “no arbitrable”. Desde su punto de vista, la “no arbitrabilidad” de dichos contratos “inmorales” conllevaba a que éstos quedaban reservados a los tribunales del Estado, y consecuentemente, las reclamaciones que de ellos resultasen no eran admisibles ni susceptibles de ser consideradas por los árbitros, los cuales deberían declinar su competencia. Manteniendo este tipo de postura, los tribunales mandarían un mensaje de negar apoyo alguno o convertirse en cómplices de un régimen reprobable que es aquél que sustenta la corrupción.

Recordemos que las partes solicitaron del Juez Lagergren que se pronunciase únicamente sobre cuestiones que no tuvieran relación con el acuerdo de arbitraje. Pero él declinó su jurisdicción sin entrar en el fondo del asunto. ¿Qué habría sucedido si el Juez Lagergren hubiera aceptado su jurisdicción y una vez estudiado el

---

<sup>288</sup> *Ibid.*, par. 16.

fondo del asunto hubiese dictaminado sobre la nulidad del acuerdo en cuestión? Se entiende que la postura que él mantuvo fue un reflejo de la gran desaprobación sobre cualquier tipo de corrupción hasta el punto de obviar el principio de arbitrabilidad, por considerar que ningún tribunal arbitral debería tener competencia en materia de contratos denominados por él mismo como “inmorales”.

De hecho, podríamos decir que la postura adoptada fue el resultado de dos circunstancias: la primera, el fuerte sentimiento personal del árbitro de desaprobación del tipo de contrato presentado por las partes y la segunda, el hecho de que la parte demandada no puso en duda la validez de los compromisos contractuales mediante alguna de sus alegaciones. De este modo se le habría proporcionado al árbitro una vía para realizar una investigación directa, a instancia de parte, sobre la cuestión lo que habría proporcionado una justificación a su sentimiento de desaprobación sobre este tipo de contratos. Ya que de este modo, actuando de oficio el Juez Lagergren, tuvo que dictaminar sobre los hechos de manera indirecta e intuitiva. Al actuar de este modo, el Juez Lagergren condenó todo tipo de contratos viciados por corrupción, los cuales calificó de “inmorales” y dejó claro que bajo su punto de vista, estos no eran susceptibles de ser estudiados bajo la jurisdicción arbitral. Esto llevó Juez Lagergren concluir de la siguiente manera:

*“After weighing all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any Court whether in the Argentine or in France, or for that matter, in any other civilized country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case.”*

### *3. La solución Lagergren: los contratos inmorales “no son susceptibles de arbitraje”*

El Juez Lagergren sugirió dos soluciones para este tipo de contratos que consideran reprobables o “inmorales”:

(1) La primera solución sería una presupuesta al “principio general de la Ley”, que establece que los contratos inmorales no son susceptibles de arbitraje.

(2) La segunda solución se basó en una norma presupuesta, que establece que el acuerdo de arbitraje es en sí misma nulo y sin efecto si se refiere a un contrato inmoral, en tanto que es inmoral se deja sin efecto.

### **III. Obligación de los tribunales arbitrales de investigar la corrupción**

#### *1. Límites de la obligación*

De todo lo anterior nos lleva a preguntarnos si realmente tiene obligación los tribunales arbitrales de investigar la corrupción y cuál es el límite de dicha obligación.

Sobre la primera cuestión, en la actualidad, sin ningún género de dudas, los tribunales arbitrales tienen el deber de estudiar cualquier indicio de corrupción que pudiera existir en los asuntos sobre los que estén arbitrando, incluso si las partes no lo hicieren.<sup>289</sup> Mucho ha evolucionado el arbitraje desde el caso *Westacre* en el que los tribunales no estaban obligados a investigar sobre corrupción salvo que una de las partes lo alegasen<sup>290</sup>. En la actualidad esta postura es contraria al orden público internacional.

Existen varios motivos por los que todo tribunal arbitral tiene la obligación de investigar la existencia de corrupción, tanto a instancia de parte como de oficio. El primero de ellos, proviene del propio Reglamento arbitral de cualquiera de los Centros de arbitraje<sup>291</sup> en los que se indica al tribunal que éste deberá proceder con la mayor diligencia y esfuerzo para que el laudo sea susceptible una ejecución legal. Un laudo que no denuncie los indicios de corrupción, es contrario a la Ley y el orden público internacional lo que consecuentemente, hará que sea difícilmente ejecutable. El segundo de los motivos, pese al carácter privado y confidencial rasgos distinti-

---

<sup>289</sup> B.M Cremades., D.J.A Cairos. “Orden público transnacional en el arbitraje internacional: cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable”, *op. cit.*, p. 26

<sup>290</sup> ICC AWARD 6497 de 1994, *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, p. 71-79, en p. 73

<sup>291</sup> En el Reglamento de la CCI de 2012, dicha obligación se ve reflejada en su art. 41.

vos del arbitraje, es la importancia que cada día está cobrando los arbitrajes internacionales en responsabilidad pública dentro del ámbito de la Administración de Justicia. Dicha responsabilidad pública hace imposible la convivencia de la tolerancia de la corrupción con los Ordenamientos Jurídicos actuales. Por ello los tribunales arbitrales tienen que tener tolerancia cero con la corrupción para estar en consonancia con los tribunales de justicia nacionales. El tercero de los motivos, cada vez más el arbitraje internacional es el método utilizado para la solución de diferencias entre Estados y empresas que están apostando por el desarrollo de la inversión extranjera y el comercio internacional. Por ello, los árbitros deben apostar por seguir la práctica internacional proclamada en Convenciones y Acuerdos transnacionales de luchar contra la corrupción.

Finalmente, una de las causas principales de la pervivencia de corrupción, según ciertas instituciones internacionales<sup>292</sup> es la existencia de jueces y tribunales “débiles o indiferentes” ante supuestos de corrupción. Por ello, para seguir creciendo como medio de solución de controversias en una sociedad que lucha por combatir la corrupción los tribunales arbitrales deben ser más enérgicos en esa lucha y contribuir en la eliminación de ese tipo de delitos.

El Juez Legergren negó que un tribunal arbitral tuviera jurisdicción para pronunciarse sobre un caso de corrupción, y esta conclusión fue en su momento muy criticada por dejar de reconocer la pervivencia del acuerdo arbitral sobre el propio contrato principal, y a su vez, el de no aceptar la existencia de ese compartimento estanco en el que se sitúa el acuerdo arbitral, impidiendo que cualquier vicio del contrato pueda contaminar al acuerdo.<sup>293</sup>

---

<sup>292</sup> Banco Mundial o Transparencia Internacional entre otros. World Development Report 2002 - Building Institutions for Markets, p. 106, disponible en: <http://econ.worldbank.org/wdr/WDR2002/>

<sup>293</sup> A.S. El Kosheri and Philippe Leboulanger. “L’arbitrage face á la corruption et aux trafics d’ influence”, *loc.cit.*, pp. 3-18. *Vid.* asimismo las observaciones realizadas en J. Giles Wetter. “Issues of Corruption before International Arbitral tribunal: the Authentic Textand True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case n. 1110”, *Arb. Int'l*, vol. 10, 1994 pp. 277-294, y pp. 278-279.

Hoy esta cuestión queda fuera de toda duda y es admitido que todo tribunal arbitral tiene la obligación de tratar la corrupción con arreglo a la ley aplicable ya sea en una cuestión de su jurisdicción o como el fondo del asunto, dicho tribunal debe condenar dichos delitos contrarios al Derecho internacional y al orden público internacional.

Una vez establecida la obligación de los tribunales arbitrales de condenar la corrupción, debemos de entender cuáles son los posibles límites de su investigación sobre un caso con indicios de corrupción.

La posibilidad de investigación al tribunal proviene de la alegación de una de las partes, pero cuando ninguna de éstas realiza alegación alguna, y el árbitro detecta alguna anomalía que le haga pensar que pudiera existir un supuesto delito de corrupción, el margen de investigación por iniciativa propia del árbitro es muy amplia, aunque para que dicho árbitro proceda “de oficio” las sospechas de que exista el delito deben de ser grandes. Sin embargo, si el grado de sospecha es alto, o alguna de las partes alegan corrupción, el árbitro podrá investigar siguiendo las siguientes consideraciones:

i) Observancia del Derecho y el procedimiento arbitral: debido a que la corrupción es un delito grave perseguible dentro y fuera de la jurisdicción arbitral, el tribunal deberá observar todas las garantías procesales debidas al procedimiento. Las partes deberán ser informadas de que existen alegaciones o indicios de haber cometido un delito de corrupción y se les garantizará el tiempo y forma para presentar su defensa y ser oídas si así lo consideran necesario.

ii) La carga de la prueba: la alegación de un delito de corrupción es una manifestación muy grave, por lo que según ha quedado ampliamente reconocido, los tribunales antes de manifestar su resolución deben clarificar quién corre con la carga de la prueba, determinar cuál es el estándar de prueba exigible y finalmente valorar la prueba aducida por las partes.

Sobre la primera cuestión, quién corre con la carga de la prueba, los tribunales arbitrales<sup>294</sup> se han adherido al Derecho internacional el cual se rige por el principio *actori incumbit probatio* para dirimir cuál es la parte a quien le incumbe probar un determinado hecho: el que lo alega soporta la carga de probarlo.

Sobre la segunda cuestión, el estándar de la prueba, debemos señalar que ni los APPRIs ni el Convenio CIADI, contienen reglas sobre que den solución a esta premisa, por ello el tribunal goza de amplia libertad para valorar la prueba<sup>295</sup>.

Por último, en el marco de dicha libertad, el tribunal deberá tener en cuenta en sus investigaciones y conclusiones finales: si hubiera recaído alguna sentencia judicial sobre ese mismo asunto y todo tipo de pruebas aducidas durante el proceso arbitral, ya sea testimonial, pericial o documental.

iii) Analizar únicamente la legalidad y el cumplimiento del contrato objeto de la controversia: el arbitraje internacional es un medio de solución de disputas entre dos partes, generalmente, un Estado y una empresa inversora. La misión principal del tribunal es la de asegurar que el contrato principal no sea ilegal o contrario al orden público y por lo tanto y hacer que se cumpla y posteriormente hacerlo ejecutable. Por lo que el árbitro no debe permitir que ninguna de las partes o sus representantes presenten pruebas de corrupción para investigar otros contratos o actividades que presuntamente representen ilegalidades cometidas por la parte contraria que posiblemente podría estar relacionado y que consecuentemente vicié el contrato principal. Puesto que cualquier laudo arbitral que contuviera un fallo relacionado con un delito de corrupción que

---

<sup>294</sup> Así lo ha hecho entre otros en los casos CIADI: *Flughafen Zürich AG and Gestión e Ingeniería IDC SA c Venezuela*, Caso No ARB/10/19, pfo. 135 y 136; *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*. Caso No. ARB/10/3., pfo. 237; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República de Egipto*, Caso No. ARB/99/6 , pfo. 89; *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes*, Caso No. ARB/02/7 ; pfo. 58.

<sup>295</sup> *Flughafen Zürich c. Venezuela* pfo. 142



tuviera relación con la validez o el cumplimiento del contrato objeto de la controversia, corre el riesgo de anulación de dicho laudo por incongruencia *ultra petita*.<sup>296</sup>

iv) Evitar la admisión de la alegación de corrupción como mera argucia jurídica para excluir la jurisdicción arbitral: podemos observar que cada vez es más habitual que una de las partes alegue existencia de prácticas de corrupción en el contrato objeto de examen del tribunal arbitral, por ello, dichos tribunales deben de ser conscientes del aumento y abuso de esa táctica, en muchas ocasiones, de evasión a la jurisdicción del tribunal para Asimismo poder evitar el propio cumplimiento contractual. La existencia de estas prácticas ilícitas no debe permitir que sean fácilmente utilizadas como estrategias para evadirse de sus deberes y obligaciones contractuales por ello los tribunales deben exigir altos estándares de prueba.

v) Derecho a no autoinculparse: como ya ha quedado de manifiesto, los actos de corrupción son delitos perseguibles por el Derecho nacional e internacional, por ello, las partes tienen derecho a invocar el secreto profesional o a no autoinculparse en algunas jurisdicciones. Dicha postura puede provocar una imagen negativa en el tribunal. Por lo que habrá que tener especial precaución y analizar caso por caso.

vi) La falta de la obligación de denunciar: finalmente, ante una situación en la que un tribunal arbitral tiene conocimiento de que se ha cometido un delito de corrupción se plantea la duda de si dicho tribunal debe de denunciar bajo “cualquier circunstancia” la realización de dicho delito. La jurisdicción arbitral, únicamente a través de su laudo puede reflejar sus investigaciones sobre cualquier delito cometido por las partes o de actos que den lugar a la nulidad o

---

<sup>296</sup> B.M. Cremades y D. Cairns, “Transnational public policy in international arbitral decision-making: The cases of bribery, money laundering and fraud” en *Arbitration, Money Laundering, Corruption and Fraud*, op. cit., pp-67-68.

invalidez del contrato. A demás, recordemos su deber de confidencialidad hacia las partes; existen otras jurisdicciones con el deber de “denunciar” estas conductas delictivas. Asimismo la posible imposición de denuncia por parte de los árbitros de supuestos de corrupción podría comprometer el derecho a la determinación razonable e independiente de derechos civiles garantizado por el art. 6 CEDH.

Sin embargo y pese a que no exista una obligación explícita a hacer cumplir las normas anticorrupción por parte de un tribunal arbitral, y pese al intenso debate que se ha abierto sobre esta obligación<sup>297</sup>, los tribunales no son ajenos a la realidad que les rodea y hacen cumplir las normas anticorrupción, aunque en ocasiones no la aborden de manera directa, evitando si no es necesario decidir sobre una alegación de corrupción si existiera otra razón más obvia para excluir su jurisdicción. Tal y como dictaminó el tribunal del CIADI en el caso *TSA Spectrum c. Argentina*<sup>298</sup> no admitiendo la excepción de su jurisdicción por corrupción y cohecho por falta de Sentencia firme y por existir otra totalmente concluyente. La empresa TSA Spectrum de Argentina se encontraba controlada por un nacional argentino y al no existir por tanto un “control extranjero” sobre la misma, el tribunal declinó tener competencia sobre el caso, ya que el conflicto no era relativo a “inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”.

“En consecuencia, independientemente de qué interpretación se le dé al TBI celebrado entre la Argentina y los Países Bajos y su Protocolo, no se puede tratar a TSA, según el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI,

---

<sup>297</sup> Vid. B. M. Cremades, “Corruption and Investment Arbitration”, en *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, París, 2005, p. 203; S. Nadeau-Séguin, “Commercial Arbitration and Corrupt Practices: Should Arbitrators be bound by a duty to report corrupt practices?” *Transl Dispute Management*, 2013, (3) 10; K.Gans and D. Bigge, “The Potential for Arbitrators to Refer Suspicions of Corruption to Domestic Authorities”, *Transntl Dispute Management*, 2013, (3)10.

<sup>298</sup> CIADI Caso No. ARB/05/5.

como un nacional de los Países Bajos debido a que no hay “control extranjero”. Por lo tanto, el tribunal de arbitraje no tiene jurisdicción para evaluar las reclamaciones de TSA.”

Pero también hay quien considera que los árbitros dentro de las funciones que tienen en el arbitraje de inversión, también está la de hacer cumplir las normas anticorrupción, tal y como se manifestó en el laudo del caso *F-W Oil Interests*<sup>299</sup> cuando la parte demandante alegó existencia de corrupción y el tribunal indicó que los miembros de un tribunal de arbitraje de inversiones no “funcionan desligados de la realidad que los rodea y que éstos no pueden ignorar las nocivas consecuencias que provocan la corrupción. Y que un tribunal arbitral no es el lugar adecuado para dar forma y efecto a un contrato viciado por un delito de corrupción.”<sup>300</sup> El verdadero objetivo de los Tratados de inversión y la misma institución del CIADI es el de que los países receptores de la inversión obtengan el mayor desarrollo económico y por lo tanto siendo la corrupción una de las mayores trabas a dicho desarrollo los propios árbitros pueden luchar contra ella a través de sus laudos<sup>301</sup>.

En el caso *Fraport*<sup>302</sup> el demandado alegó que la demandante había violado la ley penal filipina al realizar la inversión en dicho país. Para poder pronunciarse al respecto, el tribunal solicitó al órgano gubernamental filipino que estaba siguiendo un procedimiento paralelo por el mismo delito alegado, le remitiese el expediente del caso en cuestión. El Estado cumplió con la solicitud y le dio traslado al tribunal arbitral, analizando dicho expediente y coteján-

---

<sup>299</sup> *F-W Oil Interests, Inc. c. La República de Trinidad y Tobago*, Caso CIADI No. ARB/01/14.

<sup>300</sup> *Himpurna California Energy Ltd (Bermudas) c. PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia)*, arbitraje *Ad hoc*, CNUDMI, Laudo Final de 4 de mayo de 1999, pfo. 118. Nótese que la jurisdicción del tribunal arbitral en caso se sustentó sobre un contrato entre el demandante y Estado receptor, no versó sobre un Acuerdo de inversión.

<sup>301</sup> *F-W Oil Interests*, pfo. 211

<sup>302</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. La República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25.

dolo con todas las pruebas seguidas en el procedimiento arbitral y concluyendo que a la luz del conjunto de pruebas analizadas el tribunal dictaminó que si se había actuado en violación de la ley nacional y consecuentemente carecía de jurisdicción para entender del tema de la controversia entre las partes. Este laudo posteriormente fue anulado por un Comité de Anulación del CIADI por considerarse que no se había prestado a la demandante la posibilidad de presentar los escritos sobre el expediente de investigación ni los de interpretación de la ley penal filipina. Tras observar dichas irregularidades procesales incluidas la de una debida audiencia dicho laudo tuvo que ser anulado. Sin embargo, nos queda la petición realizada por el tribunal arbitral a uno de justicia solicitándole le dé traslado de todo el expediente de investigación.

## *2. African Holding Company of America y Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. la República del Congo*

Así quedó de manifiesto en el caso *African Holding Company of America y Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. la República del Congo*<sup>303</sup>, en el que el 2 de septiembre de 2005, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o el “Centro”) recibió una solicitud de arbitraje, de 31 de agosto de 2005 contra la República Democrática del Congo (RDC o “demandado”), presentado por África Holding of America, Inc. ( “África Holding” una empresa fue constituida bajo las leyes del Estado de Nueva Jersey y SARL (“SAFRICAS” ), una empresa belga, del sector de la construcción que fue constituida bajo las leyes del Congo (en lo sucesivo, “demandantes”).

Las demandantes reclamaron el pago de las deudas generadas en virtud de un contrato de construcción firmado entre la empresa SAFRICAS y la RDC.

La demandada alegó que nunca se había celebrado dicho contrato ya que no tenía materialmente dicho documento y por lo tanto des-

---

<sup>303</sup> Caso CIADI No. ARB/05/21

conocía su contenido jurídico, fecha o firma; a lo que las demandantes contestaron que si bien era cierto que el documento se había perdido o destruido durante los disturbios civiles y el saqueo que tuvieron lugar en Kinshasa entre el 1991 y 1993, se podía corroborar de forma fehaciente la existencia del mismo a través de la labor realizada en 1998 por la Comisión de Certificación de la Deuda Interna Pública, dicha Comisión documentó y certificó, tanto el contenido jurídico de dicho contrato y las cantidades adeudadas por RDC a SAFRICAS, e igualmente, quedó reflejada la existencia de dicho contrato y deuda, a través de la auditoría realizada por la firma Pricewaterhousecoopers (PWC informe) sobre las deudas de la Nación, las cuales fueron publicada en el Diario Oficial de la República Democrática del Congo.

La demandada alegó que el contrato pudo ser conseguido a través de prácticas corruptas, realizadas bajo el Régimen de Mobutu.

La demandada alegó, que en el caso de ser aceptado el inexistente contrato como válido, el tribunal no tendría jurisdicción para conocer del mismo, ya que el conflicto de intereses se inició a principios de 1990, cuando la empresa se encontraba bajo control belga y que la cesión a la empresa americana no fue realizada hasta el 4 de octubre de 2004, por lo tanto las reclamaciones no podían sustentarse sobre el APPRI celebrado entre Estados Unidos y la República Democrática de El Congo.

El razonamiento del tribunal respecto a la existencia del Contrato dictaminó que atendiendo a las pruebas aportadas por las demandantes, a los artículos 1 y 8 (consentimiento y aceptación del contrato) del Decreto 30 de julio de 1888 sobre los contratos y obligaciones de la República Democrática del Congo, así como al artículo 1.2 (libertad de forma de los contratos) de los Principios UIDROIT, admitía la existencia del contrato, que en el mismo se establecía la ejecución de unas obras, un precio, el consentimiento y la aceptación de unas obligaciones recíprocas por las partes, y dado que dicho contrato no debía celebrarse ni probarse explícitamente por escrito y que cualquier medio de prueba era aceptada incluso la de los testigos, por todo ello el tribunal consideró que el contrato era válido y conforme a derecho.

*“Le tribunal est convaincu que les critères repris aux articles 1 et 8 du Décret du 30 juillet 1888 pour établir l'existence d'un contrat ont été remplis de manière satisfaisante dans le cas d'espèce. Les contrats avaient pour objet l'exécution d'un certain nombre de travaux publics pour lesquels un prix avait été fixé, le consentement auxdites obligations réciproques n'a pas été contesté et la cause d'un tel engagement est en elle-même conforme au droit.*

*En outre, les contrats ne doivent pas nécessairement être conclus par écrit aux termes de la législation congolaise ou du droit international. En fait, l'article 1. 2 des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dispose expressément qu'un contrat ne doit pas nécessairement être conclu ou constaté par écrit et qu'il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins.”*

Respecto a la obtención de la contrata mediante corrupción, el tribunal Arbitral, rechazó las acusaciones de corrupción. Para que hubiere aceptado dicha acusación, debía existir una sentencia condenatoria “por esta causa contra la denunciada en el país donde se hubiere realizado dichas prácticas, y dado que no existió sentencia alguna y puesto que el tribunal consideró que la acusación de corrupción es una acusación muy grave, consideró insuficientes las pruebas aportadas por la demandada (el informe de la auditoría PWC).

*Le tribunal est disposé à considérer toute pratique de corruption comme une affaire très grave, mais exigerait une preuve irréfutable de cette pratique, telle que celles qui résulteraient de poursuites criminelles dans les pays où la corruption constitue une infraction pénale. En revanche, si PwC s'était rendue compte dans son examen des comptes que les contrats auraient pu avoir été accordés à SAFRICAS à des prix dépassant les prix du marché, il est fort probable que les montants déterminés comme étant dus par la RDC auraient été réduits à due conséquence.*

*Le tribunal ne saurait admettre une telle accusation ni accepter que cela affecte d'une manière quelconque les relations juridiques entre les parties ; il rejette de ce fait de telles allégations.*

El tribunal Arbitral mostró su preocupación por la gran cantidad de casos en los que se estaban denunciando prácticas corruptas,

para que el tribunal debiera declarar su falta de competencia sobre los mismos o para llegar a influir sobre el fondo del asunto. Por ello, para evitar esta posible argucia jurídica, el tribunal exigió que las pruebas fueran irrefutables.

*Le tribunal s'inquiète de constater qu'un certain nombre d'administrations des parties défenderesses dans des cas d'arbitrage international ont recours à des allégations de corruption pour empêcher que le tribunal ne se déclare compétent ou pour en influencer la décision sur le fond, ce qui constitue une raison supplémentaire pour laquelle la norme de la preuve doit, à cet égard, être particulièrement élevée.*

Sobre la jurisdicción del CIADI y cobertura del contrato por el APPRI (USA- RDC), el tribunal concluyó que carecía de jurisdicción para conocer del caso porque consideró que el criterio que tenía que seguir era el atender “en qué momento” nace la diferencia, el conflicto entre las partes, ya que dicha fecha es clave para el procedimiento, así lo estableció en los casos, *Maffiezini c. España* Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España (CIADI No ARB/97/7), *Empresas Luechetti, S.A. et Lucchetti Perú, S.A. c. República de Perú* No ARB/03/4), dicha fecha en el presente caso fue en el año 2000 y en aquél momento la empresa estaba dirigida por nacionales belgas por lo tanto no podía beneficiarse del APPRI firmado entre Estados Unidos y la República del Congo, el tribunal aclaró que no obstante, el que él no tuviera jurisdicción para conocer del caso, no quería decir que la demandante no pudiera acudir a otra jurisdicción.

*Le tribunal doit en premier lieu faire remarquer que la détermination de la date exacte à laquelle naît un différend est devenue une question fondamentale dans de nombreux cas, car la compétence dépendra bien souvent de ladite date.*

*La date des événements constitue donc l'élément déterminant sur lequel le Tribunal doit se prononcer. Si les événements sont survenus avant 2000 le Tribunal n'a pas compétence. S'ils se sont produits après cette date, il a compétence*

*Le tribunal conclut à cet égard que la nature du différend concerne le fait que des travaux ont été exécutés sous contrat et que leur coût n'a pas été réglé pendant une longue période de plus de quinze ans.*

*Cette conclusion ne signifie pas que les Demanderesses n'ont plus de motif de revendication. Elles ont exactement la même revendication et peuvent demander qu'elle soit jugée, mais à la seule condition que cela ne le soit pas en vertu des dispositions de la Convention du CIRDI et du Traité relatives à la compétence."*

El árbitro Otto de Witt Wijnen redactó una opinión diferente del resto del tribunal. Consideró que el conflicto, no surgieron hasta después de realizarse la cesión a la empresa americana African Holding, y dado que dicha transmisión fue realizada de acuerdo con la ley, los nuevos propietarios, de SAFRICAS, debieron tener derecho a solucionar cualquier pretensión que naciera de los derechos adquiridos de su empresa, y por lo tanto, el tribunal sí debía haber aceptado tener jurisdicción e igualmente debería haber dictado que dicha inversión debía de estar protegida por el APPRI suscrito entre USA y RDC.

*Au vu des éléments du dossier, il n'existait pas de différend, au sens juridique généralement admis, avant que les Blattner ne prennent le contrôle de SAFRICAS.*

*Il n'y a pas e non plus d'événements, dans le sens d'éléments factuels et juridiquement requis, donnant lieu au différend avant cette date.*

*Par conséquent, le tribunal a compétence ratione temporis.*

El tribunal declinó su jurisdicción por considerar que no tenía competencia *ratione temporis*'

Condenó a que cada parte pagase sus costes legales y ambas a partes iguales los del tribunal y Sede Arbitral.

En esta misma línea también actuó, recientemente en el caso *Biwater Gauff Ltd. c. Tanzania*<sup>304</sup>. En la que el gobierno de Tanza-

---

<sup>304</sup> Caso CIADI No. ARB/05/22.



nia, privatizó la explotación y suministros de agua a través de un proyecto de suministro de agua y proyecto de saneamiento (en adelante, “el proyecto”) En ese mismo año, tras realizar un concurso, y firma un contrato con City Water, empresa filial de Biwater Gauff Ltd (BWT), una compañía inglesa, contrato de concesión del suministro e instalación de planta y equipo (“SIPE”), de adquisición de bienes (“P0G”) y otro de arrendamiento del agua y alcantarillado.

Entre el 13 de mayo y el 1 de junio de 2005, la Demandante, denuncia que el gobierno de Tanzania incumplió los acuerdos que mantenía con ella porque el 13 de mayo el Ministro de Recurso Hídricos y de Desarrollo de Ganadería rescindió el contrato de de arrendamiento; se apropió indebidamente de los fondos de la empresa al no permitir la transferencia de los mismos. Los directivos de la empresa City Water fueron deportados del país y puso trabas para

Finalmente, el 5 de agosto de 2005, la Demandante solicitó arbitraje ante el CIADI, denunció al gobierno de Tanzania por expropiación, violación del BIT, falta de trato justo y equitativo así como haber adoptado medidas discriminatorias contra sus intereses de inversión por retirar la exención del IVA y garantía de la libre transferencias de sus fondos.

El razonamiento arbitral respecto a la Jurisdicción del tribunal para conocer del asunto, concluyó que si tenía jurisdicción sobre la disputa aunque tan solo en cuanto a las violaciones del BIT se refiere no sin embargo sobre las posibles violaciones cometidas contra la Ley de Inversiones de Tanzania (TIA)

*“The Arbitral tribunal concludes that it has jurisdiction over this dispute, in so far as it concerns alleged violations of the BIT, but does not have jurisdiction over this dispute in so far as it concerns claims under the TIA.”*

Respecto a la expropiación realizada por el gobierno de Tanzania el tribunal determinó que la serie de medidas y actuaciones llevadas a efecto por el gobierno de Tanzania, como la rescisión de contrato de arrendamiento, la retirada de la exención del IVA, la falta

de garantía en la retirada de los fondos de la empresa así como la deportación de sus miembros constituye una expropiación en base al art. 5 del BIT, sin embargo, cuestión distinta es el dilucidar si dicha expropiación ha causado alguna pérdida o daños económicos a la demandante.

*“519. We therefore conclude that, on a cumulative basis, the public announcement of the termination of the contract by Minister Lowassa on 13 May 2005; the subsequent political rally of 17 May; the withdrawal of the VAT certificate by the TRA on 24 May; and finally, the seizing of the assets of City Water, the immediate installation of DAWASCO, and the deportation of City Water's management on 1 June, amount to an expropriation of BGT's investment on the basis of Article 5 of the BIT*

*520. The question then is whether this expropriation caused any of the economic loss and damage for which BGT claims compensation”.*

Respecto denuncia de no haber dispensado un trato justo y equitativo a las inversiones realizadas por BWT, el tribunal consideró que BWT no presentó pruebas suficientes para que el trato dispensado por DAWASCO a la demandante pudiera ser considerado discriminatorio y por lo tanto injusto o no equitativo.

*As far as the Republic's subsequent treatment of DAWASCO is concerned, the Arbitral tribunal considers that there is no evidence that DAWASCO has received preferential treatment as compared to City Water. The evidence indicates that DAWASCO's treatment differed in various respects, some more positive and others more negative, but that cumulatively there is insufficient evidence of discriminatory preferential treatment of DAWASCO compared to City Water.*

Sobre la legación por la Demandada de fraude y corrupción debe tenerse en cuenta que Tanzania había denunciado que la conducta corrupta mantenida por BWT durante su inversión debió de afectar a todas las alegaciones y reclamaciones realizadas por la Demandante. El gobierno de Tanzania, acusó a BWT de haber obtenido la licitación mediante soborno, había cometido actos fraudulentos y

abuso de poder, sin embargo el tribunal consideró que no existían suficientes pruebas

*“First, investor's conduct can affect the validity of the claim altogether. This is the case where the investor is not in good faith or where its conduct is unconscionable. Examples include fraudulent behaviour, misrepresentation, or abuse of power. The Amici submit that the Arbitral tribunal should come to the same conclusion if it concludes that BGT's bid was submitted as part of a renegotiation strategy.*

*As noted earlier, the Arbitral tribunal has found the Amici's observations useful. Their submissions have informed the analysis of claims set out below, and where relevant, specific points arising from the Amici's submissions are returned to in that context”.*

El tribunal dictaminó que había existido una serie de violaciones al Tratado de inversiones recíprocas, por parte de la Demandada, pero que dichas violaciones no habían causado daño o pérdida cuantificable a la Demandante ya que el contrato que existía entre ambas partes estaba a punto de finalizar, por lo que la reclamación de daños y perjuicios fueron desestimadas, así pues, esta sentencia fue meramente una sentencia de carácter declarativo ya que no se impuso ninguna sanción económica y las costas jurídicas del caso fueron abonadas a partes iguales.

*“Given that none of the Republic's violations of the BIT caused the loss and damage for which BGT now claims compensation, it follows that each of BGT's claims for damages must be dismissed, and that the only appropriate remedies for the Republic's conduct can be declaratory in nature.*

*808. The tribunal notes that no claim has ever been made (or quantified) for so called “moral” damages, and no argument was advanced on this issue by any party at any stage. Even if any such claim had been advanced, the circumstances of this case, and in particular BGT's own conduct, would render any such award inappropriate. “*

v) Medidas de confidencialidad: podría ser necesario en algunos casos que los tribunales dictasen unas medidas especiales solicitando el secreto o no publicidad de la investigación sobre ciertas ale-

gaciones de corrupción para evitar daños en la imagen tanto de Estados como de las empresas internacionales.

### *3. Medición del grado del carácter ofensivo de la corrupción*

En virtud de la primera de las circunstancias planteadas por la Corte de apelación inglesa, en el caso *Westacre*, parece sugerir que si el contrato subyacente es objetivamente una violación del orden público, depende del grado del carácter de ofensa de tal violación, se permitirá la aplicación o no de la doctrina de la separabilidad sin trabas.

Por lo que, si dicha violación fuese una ofensa de grado “bajo”, el principio de divisibilidad quedaría indemne, aunque daría lugar a un laudo que “aprobaría” dicho carácter ofensivo.

Posiblemente, la justificación a esta afirmación podría encontrarse en lo que resultó ser una política para fomentar el arbitraje comercial internacional. La divisibilidad no era únicamente una manifestación de la autonomía de las partes reconocidas por la ley, sino que también se consideró un principio digno de ser protegido por la Corte inglesa. Por lo que consecuentemente, aquél contrato de soborno, alegado en última instancia en el proceso arbitral, fue considerado por los jueces ingleses como una ofensa de grado “bajo” y a pesar de haber merecido la más enérgicas de las condenas, dicha condena no fue debidamente articulada para no afectar negativamente al principio de divisibilidad, lo que llevó a que Lord Justice Waller manifestase una opinión disidente:

“He llegado a una conclusión diferente a la del juez. Disiento de él en cuanto al nivel adecuado de oprobio en el que hay que situar a la corrupción mercantil.

Me parece que el principio que debe alegarse en contra de la ejecución de una transacción corrupta del tipo de este acuerdo (...) [está] basado en un orden público de gran importancia y altamente reconocido en la mayoría de las jurisdicciones de todo el mundo. Creo que es importante que no se pueda considerar que los tribunales ingleses están haciendo la vista gorda a la corrupción a esta escala...”

El hecho es que los árbitros simplemente no tuvieron la oportunidad de considerar el caso tal y como se ha presentado ahora y, fuesen cuales fuesen sus sospechas, la mayoría de ellos no consideraron que les correspondiese efectuar indagaciones.

La respuesta es que en la medida en que el orden público está implicado, resulta siempre poco atractivo para una parte tener que aceptar el argumento, pero la Corte inglesa está preocupada por la integridad de su propio sistema y porque no haya abuso de su poder ejecutivo. Si el acuerdo representaba un contrato encaminado a pagar un soborno, Westacre no debería tener derecho a ejecutar el acuerdo ante una corte inglesa ni el laudo basado en él.<sup>305</sup>

Posiblemente lo que el tribunal inglés pretendía mostrar era que a pesar de que el contrato resultase obviamente “ilegal”, por haber existido un soborno, la validez del acuerdo de arbitraje debía de seguirse manteniendo. Esta línea de actuación parecía sugerir que se podía aprobar el objeto de los contratos sin importar que estos fuesen relativos a prácticas empresariales cuestionables, sin embargo, esta conclusión no es acertada, sino que la decisión del tribunal quedó condicionada por la política de fomento del arbitraje de aquel momento y que la alegación de corrupción fue realizada prácticamente al final del procedimiento como último recurso.

Lo realmente importante de esta sentencia fue que ante situaciones en las que pudieran aparecer “supuestos” contratos de soborno, la postura que debía de seguirse era la de aceptar como válida la cláusula de sometimiento a arbitraje, y más adelante estudiar el fondo del asunto para evaluar si existía o no dicha corrupción.

---

<sup>305</sup> Vid. la resolución de la Corte de Apelación inglesa en *Westacre Investments Inc v Jugoinport SDRP Holdings*, Corte de Apelación, 12.05.1999. Dicha resolución y otras resoluciones inglesas sobre ilegalidad y política pública, son tratadas en Ewan Brown. *Illegality and Public Policy - Enforcement of Arbitral Awards in England: Hilmarion Limited v Omnium de Traitement et de Valorisation S.A.*, int. A.L.R. 2000, p.31-35. Vid. B.M. Cremades y D. J. A. Cairns, “Transnational public policy in international arbitral decision-making: The cases of bribery, money laundering and fraud”, *op. cit.*, p. 66.

La implicación práctica de esta tendencia fue que en aquellos contratos que pudieran estar afectados por sobornos, el acuerdo de arbitraje debería seguir siendo válido.<sup>306</sup>

La Corte de apelación inglesa tomó la decisión inamovible en defensa del principio de separabilidad bajo las circunstancias anteriormente expuestas.<sup>307</sup> Esta línea jurisprudencial creó cierta tensión, al parecer se habría creado una distinción entre contratos “abiertamente ilegales” y contratos “menos ilegales”. Desde el punto de vista del tribunal, un contrato de mediación, afectado de soborno era menos ilegal que un contrato afectado por el tráfico de drogas.<sup>308</sup> Sin embargo, parece como si el grado de ofensa de un acto de soborno o incluso el grado de violación del orden público analizado desde esa perspectiva, fuese un acto subjetivo, como si el que adopta la decisión lo hiciese desde la arbitrariedad. Algo en el mundo del Derecho no visto como buenas maneras. Mucho se ha dicho del orden público, y lo cierto es que no es un código escrito, ni una herramienta que pueda ser utilizada de manera personalizada dependiendo de las necesidades de las circunstancias. En esencia se trata de un conjunto de valores morales y religiosos, las tradiciones y la propia política de los Estados. El orden público intenta rechazar las costumbres contradictorias y las normas jurídicas incompatibles. Porque dicho orden público no se agota en las disposiciones, sino que va un paso más allá y se asienta en los principios en los que éstas han sido inspiradas, por ello la aplicación de este orden público debe ser realizado a posteriori, y caso por caso, atendiendo

---

<sup>306</sup> Vid. H. Raeschke-Kessler, “Some Developments on Arbitrability and Related Issues,” en *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*, Albert Jan van den Berg (ed.), Nueva Deli, ICCA Congress Series, No. 10, La Haya, Kluwer Law international, 2001), pp. 44-62, p. 50.

<sup>307</sup> Vid. A. Sheppard, “Case Comment: Westacre Investments Inc v. Jugimport-Spdr Holding Co. Ltd. [1998] 3 W.L.R.” *International Arbitration Law Review*, 1998, pp. 54-55.

<sup>308</sup> Sobre este tipo de distinción, Vid. R. H. Kreindler, “Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts”, *op. cit.*, p. 2.

al impacto o reacción que la aplicación de una norma extranjera produzca en el Ordenamiento Jurídico del foro<sup>309</sup>.

En el ámbito en el que la corrupción entra en contacto con el arbitraje internacional, como hemos comprobado, no podía excluirse que otros árbitros pudieran considerar que el soborno estuviese en una escala de ilícito muy inferior a la del tráfico de drogas, tal y como sucedió en la Corte de Apelación inglesa. En la que el juez consideró que, de un lado, estaba el “interés del orden público” de la ejecución de un laudo arbitral y de otro el que el propio juez de primera instancia, declaró que la corrupción mercantil se encontraba en un nivel de reprobación muy distinto al del tráfico de estupefacientes, por lo que la ejecución debía de seguir adelante.

No obstante lo anterior, si bien la tendencia de los jueces con respecto a la doctrina de la separabilidad del acuerdo arbitral en relación con el contrato principal sigue siendo la misma que en el caso *Westacre*.

Esta misma línea jurisprudencial fue reafirmada por el caso *Omenex c. Hugon*<sup>310</sup> en el que la Corte de Casación francesa consideró que la validez de la cláusula compromisoria no quedaba afectada por la nulidad o inexistencia del contrato principal.

Así quedó también establecido por el tribunal en el caso *Fiona Trust c. Privalov*<sup>311</sup> en el que la Cámara de los Lores explicó y sentó las bases de la doctrina de la separabilidad expresando el significado y alcance de ésta:

---

<sup>309</sup>Y. Loussouarn, P. Bourel y P. de Vareilles-Sommières, “L’effet réflexe de l’ordre public”, *Droit international privé*, París, Dalloz, 2013, p. 324 ; *Vid.* también P. Lagarde, “Ordre public”, *Répertoire de droit international*, *Encyclopédie juridique* París, Dalloz, 1998, p. 9, par. 62.

<sup>310</sup> *Société Omenex v M. Hugon Cour de cassation, First Civil Chamber*, 25 October 2005.

<sup>311</sup> Caso *Fiona Trust & Holding Corporation y otros c. Yuri Privalov y otros* [2007] UKHL 40, fallo de 24 de enero de 2007.)

*“—The principle of separability... means that the invalidity or rescission of the main contract does not necessarily entail the invalidity or rescission of the arbitration agreement. The arbitration agreement must be treated as a —distinct agreement‖ and can be void or voidable only on grounds which relate directly to the arbitration agreement.”*

Por lo que la nulidad o la resolución del contrato principal no implican necesariamente la invalidez o la rescisión del acuerdo de arbitraje. El acuerdo de arbitraje debe ser tratado como un acuerdo distinto y puede ser nulo o anulable sólo por motivos que se relacionan directamente con el acuerdo de arbitraje. Pese a la alegación realizada por la parte demandada de que el contrato de fideicomiso fue obtenido por la demandante, Fiona Trust, mediante sobornos, el tribunal concluyó que entre el acuerdo de arbitraje y el contrato principal existía una relación en particular, pero dicha cláusula de sometimiento era válida, por lo que el arbitraje debía de seguir adelante.<sup>312</sup>

El caso *Fiona* fue uno de los casos más claros en confirmar la doctrina de la separabilidad del convenio arbitral. La controversia surgió por unas pólizas de fletamento en virtud de las cuales las partes quedaban vinculadas y en cada una de ellas se insertó una cláusula de solución de controversias en la que se establecía que cualquier problema derivado del flete sería resuelto ante las Cortes inglesas, salvo que las partes decidieran someterse a un arbitraje en Londres. Los armadores alegaron que las pólizas habían sido obtenidas mediante soborno, los fletadores sometieron la disputa a arbitraje. Sin embargo los armadores, consideraron que el contrato estaba viciado por actos de corrupción e iniciaron un proceso ante las Cortes inglesas para defender sus derechos y solicitar a la Corte que el arbitraje siguiera a delante, indicando que al ser los contratos nulos las cláusulas de arbitraje habrían quedado rescindidas. En una primera instancia consiguieron la orden judicial de paralización

---

<sup>312</sup> J.M. Poudret, y S. Besson, *Comparative law of International Arbitration*, 2ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2007 p. 135 y 140; J.L. Delvolvé G.H. Pointon y J. Rouche, *Arbitration Law and Practice. A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, Second edition, Wolters Kluwer, 2009, p. 56.



del procedimiento arbitral, sin embargo, más tarde, en la Corte de Apelación, el tribunal decidió que dicha rescisión de las pólizas únicamente debería ser dictaminada por los árbitros. Posteriormente, ante la Casa de los Lores, los armadores volvieron a alegar que habían rescindido las pólizas porque habían sido obtenidas mediante sobornos y que únicamente las Cortes podían conocer del asunto. Nuevamente la Casa de los Lores volvió a concluir que pese a que las pólizas podían haber sido obtenidas por soborno, sin embargo, no existían indicios algunos de que no hubieses autorizado o prestado su consentimiento a un procedimiento arbitral libre y válidamente. Por lo que el tribunal arbitral era competente para decidir acerca de las pólizas<sup>313</sup>.

Si bien el orden público y la corrupción ya no puede ser entendida como en el caso *Westacre*, ambas no pueden ser compatibles, la corrupción no puede ser entendida como un grado leve de acto ilícito, la corrupción en la actualidad es considerada como un acto reprobable contrario al orden público<sup>314</sup>. Por ello, “los contratos

---

<sup>313</sup> *Fiona Trust & Holding Corporation c. Privalov*: “—In the present case, it is alleged that the main agreement was in uncommercial terms which, together with other surrounding circumstances, give rise to the inference that an agent acting for the owners was bribed to consent to it. But that does not show that he was bribed to enter into the arbitration agreement. It would have been remarkable for him to enter into any charter without an arbitration agreement, whatever its other terms had been Mr Butcher QC, who appeared for the owners, said that but for the bribery, the owners would not have entered into any charter with the charterers and therefore would not have entered into an arbitration agreement. But that is in my opinion exactly the kind of argument which section 7[UK Arbitration Act 1996] was intended to prevent. It amounts to saying that because the main agreement and the arbitration agreement were bound up with each other, the invalidity of the main agreement should result in the invalidity of the arbitration agreement. The one should fall with the other because they would never have been separately concluded. But section 7 in my opinion means that they must be treated as having been separately concluded and the arbitration agreement can be invalidated only on a ground which relates to the arbitration agreement and is not merely a consequence of the invalidity of the main agreement”

<sup>314</sup> M. Hwang y K. Lim, “Corruption in Arbitration - Law and Reality” *Asian Int’l Arb. J.*, vol. 8, n° 1, 2012, pp. 1–119.

que vulneran de manera fundamental las buenas costumbres o el orden público internacional son nulos o al menos, su incumplimiento no es susceptible de ser recurrido ni ante jurisdicciones nacionales ni ante tribunales arbitrales”<sup>315</sup>.

En conclusión la nulidad del contrato principal no afecta a la cláusula arbitral según el principio de separabilidad, sin embargo, un contrato que vulnera el orden público internacional es nulo, pero dicha nulidad debe ser dictaminada después de estudiar caso por caso, mediante un laudo en el supuesto de sumisión a arbitraje o un tribunal jurisdiccional si no existiera dicha sumisión.

#### *4. Balance sobre la cláusula arbitral y la corrupción*

En la actualidad el tribunal arbitral designado por las partes tiene el deber de estudiar cualquier indicio de corrupción. Lógicamente las investigaciones realizadas por el árbitro le hace a éste mucho más difícil la tarea de ceñirse a su acta de misión. No obstante, el tribunal debe de ser consciente de que últimamente muchas son las alegaciones de este tipo de delito realizadas por las partes más como una argucia jurídica para dilatar el proceso o incluso eludirlo y por ello debe exigir unos altos estándares de prueba. Si bien no es menos cierto que en muchas ocasiones es muy difícil probar la corrupción. Pero tampoco debemos olvidar que en las auténticas alegaciones de corrupción por sobornos a funcionarios públicos, en las que una parte que ha obtenido beneficios del acto ilícito lo denuncia para evitar repartir un porcentaje de sus beneficios con la parte contraria<sup>316</sup>.

---

<sup>315</sup> B. Hanotiau, “L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen”, *Journ. dr. int.*, 1994, p. 958.

<sup>316</sup> “(...) La empresa que ha obtenido beneficios de los sobornos (es decir, que ha conseguido contratos importantes gracias a los mismos) no ocupa una mejor posición moral que la empresa que ha organizado el pago de los sobornos. La nulidad del acuerdo redunda generalmente solo en beneficio de la primera, y de este modo es posiblemente injusta. Pero esto es irrelevante desde el

Pese a las resoluciones adoptadas en algunos laudos<sup>317</sup> de que un árbitro no debería de oficio analizar un supuesto acto de corrupción no alegado por las partes, actualmente esa postura es incompatible y contraria al Derecho internacional y al orden público. El árbitro tiene el deber de examinar tanto de oficio, como a instancia de parte, cualquier prueba de corrupción que ante él se presente, siempre y cuando haga constar todas sus actuaciones en su laudo y estas sean realizadas en el marco de la protección del mismo y la institución arbitral así con el debido cumplimiento de las legalidades jurídicas y procesales necesarias.<sup>318</sup>

---

punto de vista legal”: Laudo CCI 6497 de 1994, *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, p. 71-79, en p.72.

<sup>317</sup> Caso *Westacre*.

<sup>318</sup> Requisito éste no seguido en el caso *Fraport* lo que llevó a la anulación del laudo.

## **CAPÍTULO V**

### **ALEGACIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL**

#### **I. Introducción**

Si analizamos las dos últimas décadas de laudos emitidos por tribunales internacionales de arbitraje comercial y de inversión podríamos distinguir una serie de puntos existentes en casi todos ellos que se repiten. Para ver dichas semejanzas debemos plantearnos una serie de preguntas que básicamente serían las siguientes:

(1) ¿Quién realizó la alegación de existencia de corrupción: el inversor como demanda o el Estado anfitrión como defensa?

(2) ¿Cuándo supuestamente ocurrió la corrupción: al inicio de la inversión, o en algún momento después?

(3) ¿Investigaron las autoridades nacionales las acusaciones formuladas de corrupción?

(4) ¿Qué efecto tuvo la corrupción en el análisis y las conclusiones del tribunal:

a. ¿Fue la corrupción analizada en profundidad por el tribunal?

b. Si es así, ¿el tribunal formuló una conclusión positiva de la corrupción o explícitamente determinó que no había pruebas suficientes de corrupción?

c. En cualquier caso, ¿fue el inversionista compensado por las reclamaciones realizadas sobre corrupción?<sup>319</sup>

Comprobaremos que dando respuesta a estas cuatro preguntas, podremos comprobar que existen una serie de tendencias emergentes relativas a la corrupción en el arbitraje de inversión.

## **II. Denuncias de corrupción no suelen ser casi nunca determinantes en la resolución del arbitraje.**

### *1. Aspectos generales*

En todas las ocasiones en las que se ha insinuado o abiertamente se ha alegado la existencia de actos de corrupción<sup>320</sup> en un arbitraje de inversión, en muy pocos el tribunal ha admitido y dada por válidas dichas acusaciones con las consecuentes repercusiones y efectos legales que dicha conclusión provocaría en el arbitraje. Quizás los casos más significativos sobre la admisión a la excepción por existencia de sobornos fueron en el 2006 en el caso *World Duty Free c. Kenia*, y más recientemente el laudo de *Metal-Tech c. Kazajistán* en 2006. En los casos *DESONA c. México*<sup>321</sup> de 1999 e *Inceysa c. El Salvador* en 2004 el tribunal concluyó carecer de jurisdicción igualmente pero en este caso por fraude.

En *World Duty Free*, el tribunal invalidó el contrato de inversión y negó que el demandante ningún tipo de compensación monetaria o no monetaria; en *Metal-Tech*, el tribunal se encontró carente de jurisdicción, porque la admisión de la existencia de corrupción

---

<sup>319</sup> Vid. el análisis realizado por A.P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, op. cit., [7.16].

<sup>320</sup> Casos de la CCI y del CIADI analizados en esta obra.

<sup>321</sup> Robert Azinian, Kenneth Davitian, Ellen Baca y accionistas de la sociedad mexicana denominada Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V. (“DESONA”) c. Los Estados Unidos Mexicanos, caso CIADI No. ARB (AF)/97/2. de noviembre de 1999.

provoca que la inversión quede fuera del ámbito de protección del APPRI.

## 2. *DESONA c. México.*

En el caso DESONA en el que en 1992, el Alcalde de Naucalpan de Juárez junto con otros miembros de su Ayuntamiento, visitaron la empresa Global Waste Insustries, sita en Los Ángeles, por invitación de los demandantes, para conocer las actividades realizadas por dicha empresa. Posteriormente, el Sr. Azinian, envió una carta con el membrete de Global Waste Industries Inc, en adelante Global Waste, y en calidad de presidente de ésta, con un memorándum en el que se indicaba una estrategia para solucionar de manera contundente y eficaz el problemas de residuos sólidos que tenía la ciudad de México.

Entre dichas propuestas, Global Waste a través de la sociedad mexicana denominada Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V. (en adelante, “DESONA”) ofrecía equipamiento tecnológico avanzado y una inversión estimada en 20.000.000\$ US, Asimismo, hizo creer a los demandados que poseía una larga experiencia y cualificación sobre servicios de recolección y reducción de residuos sólidos.

En julio de 1993, sería presentado un proyecto ante el comité legislativo, proyecto que fue respaldado por el Sr. Ariel Goldenstein, socio de la parte demandante y futuro Director General de DESONA, y quien se reafirmó en la larga experiencia que tenía Global Waste.

En agosto fue publicada la aprobación del contrato de concesión y en noviembre de ese mismo año se firmó dicho contrato. Posteriormente DESONA comenzó con su labor de recolección de residuos, aunque en ningún momento suministró los materiales previstos en su contrato. Los demandados, alegaron que tan solo dos de los setenta vehículos de carga frontal de los que se comprometieron contractualmente fueron los aportados por la demandante.

En enero de 1994, una nueva administración toma posesión del Ayuntamiento, tras una serie de reuniones entre el nuevo ejecutivo y DESONA, ésta última, informaría de que la causa de no haber puesto a disposición dichos vehículos se debía a una serie de dificultades sobre la obtención de permisos de importación y que por lo tanto eran problemas ajenos a su responsabilidad.

Tras un estudio jurídico solicitado por el Ayuntamiento, se detectaron veintisiete irregularidades relativas al otorgamiento y cumplimiento del contrato de concesión por lo que el Ayuntamiento llegó a cuestionarse la validez de dicho contrato de concesión. No obstante lo anterior, la demandada, dio un plazo a la demandante ofreciéndole la oportunidad para poder responder ante acusaciones tan graves. Sin embargo DESONA, iniciaría un procedimiento Contencioso Administrativo, solicitando la anulación de la resolución del Ayuntamiento que cuestionaba la validez de dicho contrato.

Pese a lo anterior, el Ayuntamiento, decidió anular el contrato, dando traslado de su decisión a la otra parte.

En junio de ese mismo año el tribunal de lo Contencioso Administrativo desestimó todas las reclamaciones formuladas por la demandante. De las veintisiete irregularidades presentadas por el Ayuntamiento, según llegó a determinar el propio tribunal, sólo nueve quedaron plenamente demostradas. Siete de las cuales fueron de fraude para obtener el contrato de concesión.

Tras la sentencia de lo Contencioso Administrativo, la demandante presentó un recurso de amparo ante el tribunal Colegiado de Circuito, el que mediante resolución volvió a ratificar la sentencia anteriormente emitida por la jurisdicción administrativa. Este tribunal, volvió a poner de relieve la falta de legalidad, de los nueve motivos de nulidad de pleno derecho admitidos por lo Contencioso.

Finalmente, en marzo de 1997, los demandantes, iniciaron el procedimiento arbitral, contra el Gobierno de México fundamentando su demanda en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante TLCAN)

En virtud de este Tratado, los demandantes, alegaron que “la injusta revocación del Contrato de concesión por parte de la Ciudad viola los artículos 1110 (‘Expropiación e indemnización’) y 1105 (‘Nivel mínimo de trato’) del TLCAN” por lo que solicitaron la reparación de los daños causados.

Dado que esta era la primera vez que una controversia sometida por un inversionista ante el CIADI se fundamentaba en virtud del TLCAN, el tribunal Arbitral, consideró que era importante, analizar uno a uno los fundamentos argumentados por los demandantes.

Para ello fue necesario analizar si la anulación del Contrato de concesión podía ser considerada como un acto de expropiación en infracción con el art. 1110 del TLCAN ya que en caso contrario la demanda debería haberse desestimado. Y en relación al principio relevante del art. 1105 del TLCAN<sup>322</sup>, el tribunal debería examinar si el inversionista fue tratado o no de forma que contraviniera el Derecho Internacional.

Quedó totalmente de manifiesto y admitido tanto por las partes como por el tribunal Arbitral, que el que las partes hubieran acudido con anterioridad a la jurisdicción de los tribunales mexicanos, dicha actos no excluían la jurisdicción del CIADI para conocer del caso. Aunque la demandante, quiso dar un paso más y exponer ante el tribunal que además, de tener jurisdicción, no tiene por qué adhe-

---

<sup>322</sup> Artículo 1110(1) “Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de la legalidad y al artículo 1105(1); y
- (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6

Artículo 1105(1)

“Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.”



rirse a la sentencia emitida por el tribunal judicial, así quedó de manifiesto en el caso *Amco c. Indonesia*

*“Un tribunal internacional no está obligado a adherirse a lo dictado por un tribunal nacional.”*

En cuanto al primer principio alegado por la demandante, que el Contrato fue extinguido por expropiación, los demandados alegaron que dicha extinción fue debida a dos causas: nulidad y rescisión. Respecto a la nulidad, esta fue declarada por los tribunales mexicanos los cuales ratificaron los criterios legales de anulación seguidos por el Ayuntamiento de Naucalpan y el tribunal del CIA-DI consideró que:

*“Una autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional”.*

Tras analizar las alegaciones planteadas por las partes, y estudiar los principios en los que se fundamentan la demanda, el tribunal concluyó que los demandantes habían obtenido mediante fraude y engaño el Contrato de concesión, y posteriormente no cumplieron el acuerdo contractual ya que ni la empresa ni ninguno de sus representantes poseían la experiencia de 40 años que habían asegurado en las bases de licitación depositadas, tampoco se cumplieron los compromisos firmes de participación de terceros necesarios para cumplir los objetivos de ingeniería y tecnología previstos en el Contrato. Asimismo, tampoco se realizaron las inversiones acordadas las cuales ascendían a unos 20 millones de dólares americanos, por lo que el tribunal consideró que el Contrato de concesión fue conseguido con declaraciones falsas y sin capacidad financiera ni tecnológica para cumplirlo.

*“Las pruebas llevan necesariamente a la conclusión de que los demandantes celebraron el Contrato de concesión con declaraciones falsas, y que carecían la capacidad de cumplirlo.”*

Resumiendo, los demandantes no han tratado siquiera de demostrar que las decisiones de los tribunales mexicanos constituyen una infracción grave de los principios establecidos en la ley mexicana. Las pruebas del demandado sobre los criterios legales aplicables a la anulación de contratos de servicio público no han sido refutadas. Los demandantes no han discutido tampoco que estos criterios legales infrinjan el art. 1110 del TLCAN. El tribunal Arbitral no encuentra nada en la aplicación de estos criterios con respecto a la cuestión de la nulidad que parezca arbitrario o injustificado a la luz de las pruebas. Por el contrario, éstas respaldan claramente las conclusiones de los tribunales mexicanos.”

“...el Ayuntamiento fue inducido a firmar el Contrato de concesión mediante falsas apariencias”.

“...el cómo puede un importador de vehículos presentar a las autoridades aduaneras el vendedor y el precio aparentes o cómo puede un cheque dirigido a un funcionario (como reembolso de una comida) pero endosado de vuelta al pagador presentarse aún como prueba de un pago por arrendamiento, el Sr. Goldenstein parece creer que en el mundo de los negocios este tipo de conducta no sólo es aceptable, sino un signo de competencia global.”

El tribunal respaldó las sentencias emitidas por los tribunales mexicanos y la de anulación del Contrato de concesión realizada por el demandado.

“124. El tribunal Arbitral desaprueba, obviamente, esta actitud, y señala que respalda la conclusión de que la anulación del Contrato de concesión no infringió las obligaciones del Gobierno mexicano en virtud del TLCAN.”

### 3. *Inceysa c. El Salvador.*

Asimismo en el caso Inceysa en el que en agosto de 2006, el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), declinó su jurisdicción por considerar que el consentimiento de El

Salvador para acudir a la jurisdicción del CIADI, se limita a las controversias derivadas de inversiones extranjeras legales y la inversión realizada por la Demandante había sido hecha ilegalmente, por lo tanto, Inceysa, no podía pretender ampararse bajo la protección del Tratado de Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) consignado entre España y El Salvador, ni tampoco, bajo la Ley de Inversiones de El Salvador, por no haber obtenido la Licitación Nacional e Internacional (MARN) No.05/2000, de Revisión Técnica Vehicular de acuerdo con las leyes de El Salvador. El tribunal para decidir de su jurisdicción, analizó ésta conforme al Convenio del CIADI, al alcance del consentimiento otorgado por España y El Salvador en el APPRI, la inversión realizada por Inceysa conforme a la Ley de Inversiones de El Salvador y por último el Contrato de Prestación de Servicios celebrado entre El Salvador e Inceysa para concluir que el tribunal del CIADI carecía de jurisdicción para conocer de ese asunto y no tenía competencia para resolverlo porque la inversión fue realizada de forma contraria al orden público Internacional, a la buena fe, al principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* y el de prohibición del enriquecimiento ilícito.

Sumariamente los hechos expuestos fueron los siguientes: en julio de 2003, Inceysa Vallisoletana ( en adelante Inceysa, la Demandante) realizó una solicitud de arbitraje ante el Centro del CIADI, contra la República de El Salvador (en adelante El Salvador, la Demandada), por incumplimiento del contrato de Prestación de Servicios de Revisión Técnica de Vehículos, que había sido obtenido en una licitación realizada por el MARN, por violación del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, que suscribió España y El Salvador, y por expropiación indirecta. El Salvador alegó que Inceysa actuó fraudulentamente y que su inversión no había sido realizada “de acuerdo con la ley” de su país y por lo tanto no podría ampararse en dicho Tratado. En septiembre de 2004, el tribunal, fue constituido por tres árbitros, el Sr. Burton A. Landy, nombrado por Inceysa, el Sr. Claus von Wobeser, nombrado por El Salvador y el tercero el Sr. Rodrigo Oreamuno Blanco que fue designado por el CIADI de mutuo acuerdo con las partes.

La demandante alegó incumplimiento del contrato por parte de El Salvador, porque éste permitió que empresas que anteriormente

fueron excluidas del proceso de licitación, por no cumplir con los requisitos exigidos por el MARN, realizasen los servicios que se le concedió en exclusiva a ella, dicho comportamiento, privó a la demandante de los principales derechos otorgados por el contrato, lo que supuso un vacío del contenido del mismo y en consecuencia un resultado idéntico al de una expropiación indirecta. Inceysa también alegó que la intervención que realizó la Asamblea Legislativa de El Salvador en busca de pruebas de supuestas irregularidades en el proceso de licitación, fue con un propósito persecutorio y por lo tanto, todo ello, supuso una grave violación del contrato y del AP-PRI. Por su parte la Demandada alegó excepción a la jurisdicción del tribunal del CIADI, en base a que el Tratado de Inversión únicamente protege a aquellas inversiones realizadas en El Salvador “de acuerdo con sus leyes” y la Demandante obtuvo la adjudicación y Contrato mediante fraude, falsificación y corrupción.

Realizadas las alegaciones pertinentes por las partes, el tribunal analizó las pruebas y cuestiones jurídicas planteadas por las mismas, llegando a poner de relieve las siguientes conclusiones: que la demandada demostró ante el tribunal de forma irrefutable que Inceysa realizó una serie de actos fraudulentos, entre ellos cabe destacar: a) que la Demandante, presentó al MARN, balances en su oferta de Licitación que no reflejaban su capacidad financiera real. Los libros que aparecían registraros en el Registro Mercantil de España, muy lejos de presentar las ganancias, entregadas al Ministerio Salvadoreño, incluso arrojaban pérdidas; b) Igualmente la Demandada demostró que el informe favorable de auditoría y las credenciales que presentó el Sr. José Angulo López fueron falsas, ya que dicho auditor nunca se registró como “Censor Jurado de Cuentas” del “Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas” de España; c) Inceysa engañó al MARN, al declarar que la Estación “ITV de Alcantarilla” era su socio estratégico; d) Inceysa presentó información falsa, con el fin de demostrar su experiencia en el campo de inspección de vehículos , sobre el Sr. Antonio Felipe Martínez Lavado, ya que éste no poseía el grado profesional ni la experiencia requeridas en la licitación, así lo demostró la Fiscalía de EL Salvador, la cual presentó pruebas de que, todos los documentos que avalaban dicha experiencia y profesionalidad, los cua-

les supuestamente habían sido expedidos, por el Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales de Badajoz resultaron ser falsos como quedó demostrado por el testimonio del Sr. José Manuel Pérez López, Secretario de dicho Colegio; e) Que entre las empresas Inceysa e Ingeniería, Construcción y Arquitectura del Sur (ICASUR), ambas adjudicatarias de la licitación, existía una vinculación, lo cual constituía un a clara violación de las bases de dicha licitación. El MARN indicó claramente en sus bases, que las empresas que se presentaran a ésta no debían tener relación o vinculación alguna entre ellas. La naturaleza de dicha disposición fue la de evitar un monopolio en el sector de ITV por parte de las empresas a las que se les adjudicara la licitación. Quedó totalmente demostrado que el Sr. Martínez fue en 1999 un alto cargo de ICASUR y que en la licitación del 2000 figuró como Administrador de Inceysa, Asimismo quedó demostrado que el Sr. Joaquín Álviz, era presidente de ICASUR y al mismo tiempo, que era alto cargo de Inceysa; f) Inceysa presentó documentación falsa de contratos millonarios, supuestamente firmados con la Municipalidad de Silay, Filipinas y con la de Coclé (Amuco) en Panamá.

Respecto a la impugnación de la jurisdicción del CIADI y de la competencia del tribunal Arbitral, el Centro resolvió sobre la misma, teniendo en cuenta las actuaciones fraudulentas de Inceysa y aplicando el Convenio del CIADI, el APPRI y la Ley de inversiones de El Salvador, de un lado, y el Contrato de Prestación de Servicios realizado entre El Salvador e Inceysa de otro, y éste entendió que:

“... la controversia sobre la competencia de este tribunal, a partir de presuntas violaciones al Acuerdo, se ha centrado en determinar si la inversión realizada por la Demandante en el territorio de la Demandada está o no protegida por el Acuerdo, es decir, en determinar si el consentimiento otorgado por El Salvador, comprende la inversión realizada por la Demandada, o por el contrario, la deja fuera de su alcance y por lo tanto, la excluye de la aplicación del Acuerdo y, en consecuencia, de la jurisdicción del Centro”.

El tribunal consideró, que el punto controvertido no estribaba en ninguno de los requisitos relativos al de la jurisdicción *rationae materiae* ni *rationae personae*. La competencia quedó cuestionada res-

pecto al requisito del consentimiento (*rationae voluntatis*), es decir, a la vista de las actuaciones fraudulentas y violaciones del contrato y del Acuerdo por parte de la Demandante, la inversión realizada por ésta en El Salvador, quedaría o no protegida por el Acuerdo, y por lo tanto, al consentimiento de El Salvador a someterse a este Centro

En cuanto al análisis de la jurisdicción del Centro conforme al Convenio del CIADI el tribunal que consideró que:

“... la facultad que tiene para resolver sobre su propia competencia lo autoriza a pronunciarse válidamente sobre la objeción a la jurisdicción *rationae voluntatis* planteada por El Salvador, sin que ello implique resolver sobre el fondo del asunto”.

Inceysa argumentó excepción a la jurisdicción del CIADI para decidir sobre su propia competencia, si para resolver sobre ésta tenía que entrar a conocer sobre el fondo del asunto, ya que en ese caso, estaría actuando de forma “paradójica e ilegal”. A lo que el tribunal respondió que el propio art. 41 del Convenio CIADI, le reconocía al tribunal facultades para “resolver sobre su propia competencia” de forma imperativa y si para resolver sobre ésta necesitaba conocer sobre aspectos sustantivos o de “fondo” o de cuestiones procesales, lo haría ya que en caso contrario estaría incumpliendo las indicaciones de dicho artículo. No obstante lo anterior, el tribunal consideró que todos los hechos y cuestiones analizados sobre el caso, no se realizaron sobre “el fondo” sino en dilucidar si la inversión de la Demandante fue realizada conforme al derecho interno de El Salvador o no. Según el tribunal,

“... para la formación del consentimiento al que se refiere el art. 25 del Convenio de CIADI no basta con que se acredite que el Estado receptor de una inversión se ha celebrado un acuerdo de protección recíproca a la inversión. Es necesario, además, que la controversia de que se trate se encuentre comprendida dentro de los alcances del consentimiento otorgado por las partes signatarias de dicho acuerdo”.

El tribunal consideró incorrecta la alegación realizada por Inceysa, al pretender ésta, de un lado, que el consentimiento a la jurisdicción del CIADI otorgado por El Salvador debía de ser entendido de manera independiente y autónoma a la forma en que la Demandante hubiera realizado la inversión, en virtud del art. 11 del APPRI y de conformidad con el principio de autonomía de la Cláusula Arbitral, y de otro, que según el art. 25 del Convenio CIADI, el sometimiento de las partes a la jurisdicción del CIADI, debe otorgarse por escrito y no podría ser retirada unilateralmente por las mismas. Sin embargo el tribunal consideró que el hecho de que El Salvador hubiere firmado y ratificado el APPRI, no era motivo suficiente para que se considerase que éste había otorgado su consentimiento para resolver cualquier controversia que surja de un Contrato celebrado bajo la protección del APPRI, sino que previamente, habrá que analizar si dicho Contrato cumple con todos los requisitos legales para encontrarse protegido bajo dicho Acuerdo.

“... es el tribunal ante el que se somete una controversia el que deberá determinar cuál es el alcance del consentimiento que han otorgado las partes y, por ende, cuales controversias consintieron ellas en someter a la jurisdicción del Centro...la jurisprudencia arbitral ha desarrollado tres principios fundamentales que deben guiar su tarea:

- a) La ausencia de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción.
- b) La identificación de la voluntad de los Estados Contratantes; y
- c) La interpretación según el principio de buena fe”.

Para determinar el verdadero alcance del consentimiento otorgado por las partes el tribunal siguió tres directrices o principios fundamentales: a) en cuanto al de “ausencia de presunciones a favor o en contra a la jurisdicción del tribunal,” el Centro consideró que éste era necesario para no incurrir en un “análisis subjetivo o parcial” a favor de su propia jurisdicción, como ya estableció en el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*; b) respecto a identificar el alcance de la voluntad de los Estados contratantes, el tribunal como ya interpretó en el caso *Amco Asia Corporation et al v. República de Indonesia*, si-

guió la máxima de “lo pactado obliga”, así como otra serie de métodos reconocidos por la práctica internacional, dándole mayor importancia al del intercambio de notas entre los Estados Contratantes, así como a sus proyectos de tratados anteriores al definitivo; y por último, siguiendo el principio de la buena fe, el tribunal consideró que la buena fe, debía de estar de manifiesto en dos sentidos, en el tribunal al analizar su propia jurisdicción, y en los Estados, que debieron otorgar su consentimiento observando en todo momento este principio. Por ello, y atendiendo este principio, la inversión realizada por la Demandante no estaría sometidas a la jurisdicción de este tribunal ni comprendidas dentro de los supuestos para los que se otorgó el consentimiento.

“...la limitación del consentimiento basada en la “cláusula de conformidad con la legislación” puede estar contenida no solo en la definición del concepto de inversión, sino también en los preceptos relativos a la “Protección” o inclusive en el capítulo relativo a la “Promoción y Adquisición”.

Los Estados parte de un APPRI pueden limitar su consentimiento a través de distintos mecanismos, uno es el llamado “cláusula de conformidad con la legislación” dicho mecanismo limita la aplicación del Acuerdo a las leyes del Estado en el que se realiza la inversión. En esta línea jurisprudencial el CIADI resolvió en el caso anteriormente mencionado *Tokios Tokelés c. Ukraina*, que “las inversiones extranjeras deben ser hechas siguiendo los Reglamentos y Leyes del Estado anfitrión” y que cualquier inversión realizada de manera fraudulenta o ilegal no quedaría, amparada bajo la protección de un APPRI. Según lo anterior, la inversión realizada por Inceysa quedaría excluida de la protección del APPRI

El tribunal analizó si la inversión que Inceysa había sido realizada de conformidad con el consentimiento expresado por España y el Salvador en el APPRI, para ello, el tribunal en virtud de lo expuesto en el párrafo 3 del art. 11 del APPRI, consideró que al carecer dicho artículo de normas sustantivas que le permitiera determinar si la inversión de Inceysa se había o no realizado conforme a las leyes de El Salvador, y antes de analizar el Derecho interno de éste, el tribunal tendría que acudir a otros instrumentos jurídicos



para resolver sobre esta cuestión. El artículo anteriormente indicado, remitía al tribunal a las “Reglas y Principios de Derecho internacionalmente reconocidos”, considerando el tribunal que los más apropiados al caso serían: En primer lugar, el principio de la “buena fe” según el cual:

“Al falsear los hechos, Inceysa violó el principio de buena fe, desde el momento en que hizo su inversión y, por ende, no la realizó de conformidad con la legislación salvadoreña...este tribunal no puede sino declarar su incompetencia...”.

A través de las pruebas que aportó la Demandada, el tribunal comprobó, que Inceysa realizó, las siguientes violaciones a este principio: a) presentación de información financiera falsa; b) realización de manifestaciones falsas durante el proceso de licitación en lo concerniente al requisito exigido de experiencia y capacidad para cumplir con el Contrato. Así como a la declaración de la existencia de un socio estratégico; c) Falsedad manifiesta en los documentos aportados para demostrar el grado de profesional del Sr. Martínez Lavado; y d) el haber ocultado deliberadamente el vínculo de existente entre Inceysa e ICASUR, violando así una de las principales bases de la Licitación. Por todo ello la Demandante violó el principio de buena fe.

En segundo lugar, el tribunal aplicó el principio *Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans* y concluyó que:

“...Permitir que Inceysa se beneficiara de la realización de una inversión claramente violatoria de los fundamentos de la licitación en que se originó, sería una falta grave a la justicia que este tribunal está obligado a impartir. Ningún sistema jurídico sustentado en bases racionales permite que se beneficie quien ha realizado una cadena de actos claramente ilegales”.

En virtud de este principio, nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo. Por lo que Inceysa no podría pretender beneficiarse de la inversión realizada en El Salvador mediante una serie de actos fraudulentos, ni tampoco debía pretender que se le concediera la protección que el APPRI otorga en estos casos, pues sería ir contra

todos los principios generales de derecho y de la legislación de la República de El Salvador.

En tercer lugar, el tribunal analizó si la inversión de Inceysa violaba el orden público internacional y concluyó que:

“... la inclusión de la cláusula “conforme a la legislación” en diversos artículos del APPRI es una clara manifestación del citado orden público internacional...la cláusula obedece a políticas públicas internacionales tendientes a sancionar actos ilícitos y sus efectos consecuentes...Respecto a la legalidad se constituye como una cuestión de orden público no sólo en El Salvador sino en todo país civilizado. De declararse este tribunal competente para conocer de las diferencias entre las partes, estaría ignorando por completo el hecho de que, por encima de cualquier pretensión de un inversor, se encuentra una disposición meta-positiva que prohíbe atribuir efectos a un acto realizado de manera ilegal...No es posible reconocer la existencia de derechos nacidos como consecuencia de actos ilegales, pues ello atentaría contra el respeto a la legalidad que, como se ha dicho, es un principio de orden público internacional...una interpretación del Acuerdo que permitiera la protección de inversiones realizadas en forma fraudulenta, tendría enormes repercusiones para aquellos Estados que hubieren firmado acuerdos de protección recíproca a las inversiones en los que se hubiera incluido la cláusula “de conformidad con la legislación” con el objeto de excluir de la protección de dichos tratados aquellas inversiones que no se hubieren hecho conforme a las leyes y otras normas del Estado receptor de la inversión”.

En este sentido El Salvador sostuvo la máxima *ex dolo malo non oritur actio*, por lo que ningún derecho ejercitado puede tener su origen en el fraude, nadie puede solicitar justicia para que le dé cobertura y protección a un acto ilícito. Por ello tribunal consideró, que la inversión de la Demandante quedaba excluida de la protección del APPRI ya que actuar de otra forma habría constituido una clara violación al orden público internacional y eso es algo que el tribunal nunca podría permitir.

Por último, el tribunal analizó si la inversión de Inceysa violaba el principio que prohíbe el enriquecimiento ilícito, y entendió que,

“La contundencia de las evidencias que acreditan las violaciones enumeradas en el capítulo IV del presente laudo llevan a este tribunal a resolver que una interpretación que otorgara la protección del APPRI a la

inversión ilícita de Inceysa favorecería su enriquecimiento ilícito, lo cual ningún tribunal constituido conforme al Convenio puede avalar”.

“... debido a que la inversión de Inceysa fue realizada en forma abiertamente ilegal, no está comprendida dentro de los alcances del consentimiento expresado por España y la República de El Salvador en el APPRI, y en consecuencia, las diferencias derivadas de ella no están sometidas a la jurisdicción del Centro. Consecuentemente este tribunal de arbitraje se declara incompetente para conocer de la controversia que le ha sido planteada”.

En consecuencia, Inceysa actuó de manera ilícita para poder obtener la licitación y si el tribunal hubiera interpretado que el APPRI debería proteger su inversión, la beneficiaría proporcionándole unos beneficios procedentes de dichos actos ilícitos, lo cual es totalmente contrario al Convenio CIADI. Una vez más, dicho todo lo anterior, el tribunal se declaró incompetente para conocer de este caso.

Despejada esta cuestión el tribunal analizó la inversión de Inceysa en el marco de la Ley de inversiones salvadoreña

“... considerando las violaciones a la legislación salvadoreña en las que reviste la condición de legalidad necesaria para ubicarse dentro de los alcances y protección de esa ley. Este tribunal de arbitraje niega la jurisdicción del Centro y su competencia para resolver las reclamaciones derivadas de la inversión de Inceysa”.

Para que un “inversionista extranjero”, que ha suscrito un contrato con un Estado, pueda beneficiarse su “inversión” de la protección del APPRI e igualmente acceder a la jurisdicción CIADI, es absolutamente necesario que dicha inversión se haya realizado observando en todo momento las leyes de dicho Estado. El sometimiento al principio de legalidad está recogido en la Constitución de la República de El Salvador y a la Ley de Extranjería de la República del Salvador. Por lo tanto y en coherencia y congruencia con estas Normas, nadie que haya violados los principios y fundamentos legales en ellos recogidos podrá ser beneficiado o protegido por la legislación de El Salvador. La propia Ley de Inversiones en su

art. 14 nos indica que: “todo inversionista nacional o extranjero deberá cumplir con las obligaciones establecidas en las leyes, especialmente aquellas en materia fiscal, laboral y de seguridad social”. Por lo expuesto el tribunal consideró que vistas las ilegalidades que realizó Inceysa para obtener la licitación, la Demandante no podría beneficiarse ni servirse de la Ley de Inversiones por no ser la “inversión” realizada conforme a la legalidad exigida en ella, e igualmente el tribunal tuvo que negar su competencia.

En cuanto al análisis de la competencia del tribunal de arbitraje conforme al Contrato de Prestación de Servicios celebrado entre El Salvador e Inceysa, éste resolvió lo siguiente:

“... es indispensable analizar, en primer término, las diferentes cláusulas del Contrato en los que se establece la elección de un foro para resolver las diferencias que surjan de él, a efecto de determinar si en ellas existe un acuerdo arbitral que cumpla con los requisitos mencionados...”

En el contrato celebrado entre Inceysa y El Salvador, se pactaron tres cláusulas referentes a mecanismos para la solución de diferencias contractuales: en la cláusula Décima Tercera, se especificaba que era el MARN por escrito quien trataría de resolver cualquier controversia sobre aspectos técnicos o jurídicos derivados del Contrato y si no se llegase a un acuerdo se recurriría a un arbitraje pero no se menciona expresamente a una institución administradora de arbitraje concreta, ni por qué reglas debían regirse dicho arbitraje por lo que el tribunal consideró que lo acordado se ajusta a un arbitraje ad hoc:

“Cualquiera que sea la interpretación que se le dé a la aparente contradicción que pudiera existir entre las referidas cláusulas Décima Tercera y Décima Séptima, el hecho es que de ninguna forma puede fundarse en ellas la jurisdicción del Centro para conocer de las diferencias surgidas del Contrato”.

En la Cláusula Décima Séptima existía un sometimiento de las partes a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales de El Salvador “para todos los efectos legales del presente contrato”, por

lo que era menester acudir a la jurisdicción salvadoreña a la que supuestamente remitía la cláusula en estudio. Y por último en la cláusula Vigésima Primera las partes acordaron “someterse a un proceso de arbitraje de conformidad a la Legislación de El Salvador”, Por lo que el tribunal consideró que en congruencia con esta última cláusula, debía analizar las disposiciones alegadas por Inceysa y recogidas en el Ordenamiento Jurídico de El Salvador, siendo éstas: a) el art. 165 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; b) los arts. 25 y 72 Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje y c) el art. 14 de la Ley de Inversión y finalmente el APPRI.

Analizadas dichas Normas y en congruencia con todo lo que hasta ahora había resuelto y fundamentado el tribunal consideró que ninguna de las disposiciones alegadas por la Demandante, daba cobertura o protección a los actos dolosos de corrupción o fraude practicados y probados en el proceso.

La decisión final del tribunal se concretó en que Inceysa realizó la inversión fundada en fraude y corrupción, y por lo tanto, no concurría en ella los requisitos necesarios para ser considerada como un “inversionista extranjero” cuando la inversión fue ilegal. El tribunal consideró que no tenía competencia para conocer de la controversia.<sup>323</sup>

#### *4. Diferencia de tratamiento de la corrupción en el arbitraje comercial internacional del arbitraje internacional de inversiones.*

Hasta el caso del *World Duty Free*, ningún tribunal de arbitraje de inversión había emitido un laudo en que la alegación de corrupción hubiera sido admitida como causa de excepción a su jurisdicción y a demás diese paso a todas las consecuencias legales que provocaron dicha corrupción, tales como violación del APPRI e

---

<sup>323</sup> Vid. A.M. Sáez Crespo, “Adjudicación fraudulenta de licitación y declinación de jurisdicción del CIADI”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 2, no. 1, 2009, pp. 191-198.

inaplicación de su protección, la falta de jurisdicción del tribunal por haber sido obtenida la inversión mediante corrupción.

Si comparamos los laudos de los tribunales de arbitraje de inversión con los de los tribunales de arbitraje comercial, podríamos observar que existe una gran diferencia con los obtenidos de la jurisprudencia del arbitraje comercial, en el que desde hace mucho tiempo se han emitido laudos con admisión de hechos de corrupción.

El factor clave que nos permita explicar esta diferencia se encuentra en el modo en el que han sido tratados los problemas de corrupción. En el arbitraje comercial, parece que es mucho más común que los árbitros se encuentren ante alegaciones de corrupción y por lo tanto la toma de decisiones relativas a sobornos es mucho más común y habitual para ellos.

Según un estudio realizado<sup>324</sup> sobre las decisiones de corrupción en el arbitraje comercial internacional, revela que en la mayoría de los casos a los árbitros se les presentan diferencias sobre contratos de consultoría y otros acuerdos de intermediación entre los agentes (generalmente estos pertenecen a las élites locales y mantienen conexiones con funcionarios públicos del Estado de acogida) y los inversionista, directores extranjeros; el problema surge con respecto al pago de un soborno en cuestión, no sobre el contrato principal o transacción comercial de la empresa que representa el alto directivo. En otras palabras, el arbitraje comercial ha demostrado eficacia sobre el contrato que se realiza para efectuar el pago del soborno pero no sobre el acuerdo principal, sobre este último aspecto este foro arbitral se ha mantenido bastante apartado de indagar en este tipo de problemas.

Volviendo al arbitraje internacional de inversión, el caso *World Duty Free* es uno de los más emblemáticos en materia de corrupción por dos razones:

---

<sup>324</sup> Vid. el estudio realizado por Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, op. cit., pp. 148-156.

La primera de ellas, porque fue la primera vez que un tribunal dictó un laudo en el que la corrupción fue considerada como una violación de orden público internacional o más acertadamente transnacional<sup>325</sup>; el sentido de este laudo es hoy equiparable al que en su día fue emitido por el Juez Lagergreen<sup>326</sup> en el que se concluyó que la corrupción es ilegal y si ésta es probada o admitida por una parte, se deberá sancionar por ser contraria a la legislación nacional aplicable y al orden público internacional. De hecho, como ya hemos indicado, en el caso *World Duty Free*, la corrupción fue considerada como una violación de la política internacional, en un sentido muy parecido al del caso 1110<sup>327</sup>. Siendo todo lo anterior coherente con el hecho de que la lucha contra la corrupción forma parte de Derecho convencional y consuetudinario de la sociedad

---

<sup>325</sup> El concepto de “orden público transnacional” fue utilizado en 1986 por el árbitro francés Pierre Lalive entendiendo que dentro de éste se engloban principios de justicia universal, el jus cogens del derecho internacional público, los principios éticos y morales prevalecientes en las “naciones civilizadas”. Vid. P. Lalive “Ordre public Tansnational (ou réellement international) et Arbitrage International”, *Rev. arb.*, 1986, p. 329.

<sup>326</sup> El Juez Lagergree decidió no tener jurisdicción en base a los siguientes términos: “23. *After weighing all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France, or, for that matter, in any other civilized country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing, that in concluding that I have no jurisdiction, guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather than from any national rules on arbitrability. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realize that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice national courts or arbitral tribunals in settling their disputes*”. Publicado en J. Gillis Wetter, “Issues of Corruption Before International Arbitral tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunner Lagergren’s 1963 Award in ICC Case No. 1110”, *loc. cit.*, p. 277.

<sup>327</sup> Vid. *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa* Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo de 2009 en el que se hace referencia al caso *World Duty Free* para insistir en el hecho de que la corrupción es contraria tanto al Derecho inglés como al de Kenia y a cualquier orden público internacional. En este mismo sentido se dictó el laudo de *World Duty free c Kenia*, paras. 148 y 157.

internacional. Y aunque pueda parecer que el binomio, orden público internacional y Derecho internacional de un lado, con el de lucha anticorrupción de otro, puede ser algo demasiado abstracto y consecuentemente de compleja y difícil orientación para los árbitros internacionales que deben entender y dirimir este tipo de cuestiones no siempre es así.

“Incluso en relación con cuestiones tales como que el soborno y la corrupción, es aplicada y utilizada universalmente la frase: “el diablo está en los detalles... algunas preguntas obvias surgen, tales como si el pago fue realizado con la intención de conseguir el contrato, o si el contrato, de echo perviviría o habría sido realizado sin el pago de dicho soborno. Estas preguntas, a su vez, constituyen una serie de elementos difíciles de demostrar. No existe ninguna referencia en la Convención de la OCDE [...] suministre reglas claras y precisas a un tribunal arbitral para determinar el efecto de un soborno sobre el asunto del que conoce. El árbitro debe prestar atención a la *lex arbitri* y a ley aplicable”<sup>328</sup>.

La segunda razón, porque desde este caso quedó totalmente patente que de manera directa, la corrupción contamina la propia inversión, e indirectamente, queda demostrado lo difícil que resulta la evidencia irrefutable en un caso de corrupción en un arbitraje de inversión. Estos argumentos fueron igualmente seguidos en el caso *Metal-Tech*. Sin embargo en este caso, el dictamen realizado por el tribunal arbitral en su laudo fue relativamente sencillo, puesto que los demandantes admitieron haber entregado 4 millones de dólares en concepto de sobornos a un grupo de personas entre el que se encontraba el propio hermano del Primer Ministro de Uzbekistán. Por lo que la propia prueba de existencia de corrupción aportada por la propia *Metal-Tech* se consideró en todo extremo evidente e irrefutable.

En el caso *Niko Resources c. Bangladesh*, es talvez, de los pocos casos en los que si bien el resultado de existencia de corrupción fue

---

<sup>328</sup> A. Redfern, “Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy”, en *International Arbitration 2006: Back to Basics?* ICCA International Arbitration Congress, Series no. 13 (Albert Jan van den Berg ed.), Kluwer, 2007, pp. 871-874.



positivo, fue el propio tribunal quien tuvo que analizar y dictaminar en vista de todas las pruebas aportadas hasta llegar a dicha conclusión positiva de corrupción. Sin embargo la admisión de corrupción no afectó al resultado sobre la jurisdicción del tribunal. Este se consideró competente para conocer del caso. El análisis riguroso de este tribunal concluyó con una decisión salomónica, distinguir entre los contratos de corrupción y los contratos obtenidos por corrupción, junto con el hecho de que los demandados no buscaban evitar el contrato, el tribunal llegó a la conclusión de tener jurisdicción, y estar facultado para conocer y resolver sobre el fondo del asunto. En este sentido, cabe destacar tanto en este caso como en el *World Duty Free*, que el tribunal decidió que en ambos casos, que su competencia estaba basada en una cláusula del propio Reglamento CIADI contenida dentro del contrato de inversión y no en un Tratado de inversión.

Uno de los primeros laudos arbitrales cuyo dictamen admitiese actos de corrupción que fueron hechos públicos fue el del caso de *Metal-Tec* en 2013. Las implicaciones de tal pronunciamiento fueron muy significativas; el tribunal dictaminó que la corrupción puede invalidar un contrato o provocar que cualquier demanda sustentada en dicho contrato corrupto se volviera inadmisibile, Asimismo, dicha corrupción priva al tribunal de tener jurisdicción y poder ser competente de conocer sobre el fondo del asunto.<sup>329</sup>

Los casos, *Siemens c. Argentina* y *Azpetrol c. Azerbaiyán*, son otros de los arbitrajes de inversión en los que la corrupción provocó un resultado de finalización del procedimiento. Al igual que *World Duty Free* y *Metal-Tech*, fueron dos casos en los que el Estado en el que se realizó la inversión presentó alegaciones de corrupción como excepción a la jurisdicción de los tribunales arbitrales. Asimismo en *World Duty Free*, *Metal-Tech*, *Siemens* y *Azpetrol* los tribunales no tenían necesidad alguna de enfrentarse a cuestiones tales como los estándares de las pruebas y evidencias y sin embargo, a diferencia de la jurisprudencia existente, en *Siemens* el tribunal admitió las alegaciones efectuadas sobre existencia de fraude en

---

<sup>329</sup> Caso *Metal-Tech*, pfo. 389,413 y 422.

documento público y falsificación para obtener el contrato de inversión en Argentina, por lo que procedió a estudiar el caso y adentrarse en el fondo del asunto.

Una de las principales diferencias entre la jurisdicción nacional de un Estado y un arbitraje internacional es el poder coercitivo del primero. Todo Estado tiene a su disposición para poder garantizar un enjuiciamiento por un acto de corrupción una serie de medios entre los que cabe destacar dicho poder coercitivo. Los tribunales de Alemania y Estados Unidos de América han conocido casos de corrupción.<sup>330</sup> Casos en los que una de las partes<sup>331</sup> retiró sus pretensiones en la etapa de anulación del laudo arbitral pese a haber ganado una cantidad sustancial) Así en el Azpetrol se realizaron alegaciones sobre sobornos realizados a funcionarios públicos, sin embargo no fue hasta la fase del período de audiencia cuando ésta tuvo que ser suspendida antes de tiempo, el Estado receptor pretendió que dicha alegación fuera desestimada por el tribunal, y finalmente el tribunal concluyó que se había llegado a un acuerdo vinculante.

Si se analizan todos los casos de arbitraje internacional en los que se había realizado una excepción a la jurisdicción del tribunal en base a un acto de corrupción, resulta curioso, el porcentaje tan bajo en el que los laudos arbitral admiten que haya existido corrupción. Resulta algo incómodo que frente tantos pronunciamientos dogmáticos y Tratados hechos para combatir la corrupción, lo cierto es que salvo en unos pocos casos muy aislados, en los que una de las partes admitió libremente los hechos<sup>332</sup> o las pruebas fueron irrefutables<sup>333</sup>, prácticamente en ningún caso han prosperado y dado como resultado un laudo en el que se admitiese la existencia de co-

---

<sup>330</sup> Recordemos el caso *Siemens*.

<sup>331</sup> *World Duty Free* y *Siemens*.

<sup>332</sup> Caso *Metal-Tech*; *Siemens*, aunque en este caso fue posterior al laudo arbitral.

<sup>333</sup> Caso *Inceysa Vallisoletana*.

rrupción.<sup>334</sup> Por lo que en pocas ocasiones alegar que ha podido existir corrupción en el contrato de inversión ha sido determinante en la resolución del arbitraje.

---

<sup>334</sup> Sobre este análisis Vid. A.P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, op. cit., [7.20]

### III. Tipología de los supuestos de corrupción

#### *1. Suscitados por el Estado receptor como defensa a la demanda planteada por la otra parte.*

De alrededor de veinte casos en los que se han alegado que existía excepción a la jurisdicción del CIADI por actos de corrupción, en al menos quince de ellos, ha sido el Estado receptor quien ha planteado dicha excepción como medio de defensa frente a los inversores; tan solo podemos encontrar cinco casos en los que el inversionista ha alegado la corrupción como causa de finalización de un arbitraje de inversión. Este porcentaje es un indicativo de que la ley actual hace que sea más probable que sea el Estado anfitrión quien pretenda:

Impugnar la competencia del tribunal arbitral<sup>335</sup>

Recurriendo la admisibilidad de la alegaciones planteadas; o

Solicitando la anulación del acuerdo de inversión subyacente en el contrato.<sup>336</sup> Sin lugar a dudas, esta es una de las formas más efectivas de obtener la excepción a la jurisdicción arbitral con todos los efectos jurídicos correlativos que provocaría esta acción.<sup>337</sup>

---

<sup>335</sup> *Metal-Tech c Uzbekistán y TSA Spectrum c Argentina.*

<sup>336</sup> En *Wena Hotels*, el Comité de Anulación llegó a la conclusión que prima facie, la admisión de existencia de un acto de corrupción provocaría la anulación del contrato de inversión pero, creyó oportuno que no cometía a dicho Comité examinar el fondo del asunto; ver pfo. 47. En *World Duty Free c. Kenia* el laudo arbitral dio lugar a la anulación del acuerdo de inversión y a la imposibilidad de cualquier indemnización en beneficio del inversor. En *World Duty Free c. Kenia* el tribunal concluyó con la anulación del acuerdo de inversión y la negación de cualquier alivio alguno para el inversor (posiblemente un hallazgo efectivo de inadmisibilidad).

<sup>337</sup> *Vid.* A. Newcombe, “Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility, or Merits” en *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Chester Brown and Kate Miles ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2011,

En Metal-Tech, el inversionista junto con las alegaciones de expropiación, trato injusto y poco equitativo, dio un paso más y aludió que en el contrato de inversión subyace el BIT contiene una “cláusula de legalidad”<sup>338</sup>, en la que se debe admitir que finalmente afecta negativamente sobre la jurisdicción del tribunal.

En la mayoría de los casos analizados, la corrupción ha sido principalmente planteada por el Estado de acogida, y dicha alegación ha sido planteada como contestación a la demanda realizada por el inversionista sobre el menoscabo de un derecho, pretendiendo impugnar mediante esta medio de defensa legal una excepción a la jurisdicción arbitral *rationae temporis*<sup>339</sup> o *rationae personae*<sup>340</sup>. Cabe preguntarse, si dada su creciente utilización, de la alegación de la corrupción ante los tribunales de arbitraje de inversión como medio de defensa de un Estado receptor, es una tendencia “larga data” o por el contrario, un modo de defensa aletargado en el tiempo que volvió a resurgir con el caso *Word Duty free c. Kenia*.

---

pp. 187, 196 y 197: sobre el caso *World Duty Free* “to being not ... legally entitled to maintain a claim might be interpreted on the one hand as there being no legal cause of action or claim (because the contract was illegal), a conclusion on the merits. On the other hand, the reference could be interpreted as confirming the principle that...the claim was inadmissible because of a breach of international public policy”

<sup>338</sup> En *Metal-Tech*, se aplicó el Tratado de inversión realizado entre Israel-Uzbekistán art. 1 (1) “of which stated that ‘[t] he term “investments” shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, including, but not limited to:...”. Vid. S. Schill, “Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration”, *Law and Practice of International Courts and tribunals*, vol.11, No. 2, 2012, pp. 281-323: “differentiating between (i) the ‘in accordance with host State law’ sub-clause found in many treaty definitions of investment; (ii) clauses governing the admission of new investments; and (iii) clauses defining temporal scope of application, which confirm that a treaty applies *inter alia* to investments lawfully made prior to its entry into force”.

<sup>339</sup> Vid. *Lucchetti c. Perú* anteriormente aludido.

<sup>340</sup> Vid. *Siag c. Egipto* la reclamación de corrupción realizada en base la obtención fraudulenta de la nacionalidad libanesa.

Del estudio realizado, puede concluirse que hubo ocho casos antes que el laudo del *World Duty Free* en el que la corrupción fue alegada, empezando en 1992 en el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. República Árabe de Egipto*<sup>341</sup> (este fue el primer caso conocido en el que denuncia la corrupción jugó un papel de peso en un procedimiento del CIADI); en seis de esos casos, los Estados receptores denunciaron la corrupción como una defensa frente a las reclamaciones presentadas por los inversores<sup>342</sup>.

Consecuentemente, podemos concluir que la alegación de corrupción como un medio de defensa alegado por los Estados receptores, no es una tendencia tan reciente como podíamos llegar a imaginar<sup>343</sup>. *World Duty Free*, fue uno de los casos más emblemáticos y que más impacto ha causado dentro de la jurisprudencia del arbitraje de inversión, de hecho, ha sido citado constantemente en numerosos casos que han tratado sobre materia de corrupción<sup>344</sup>. Este caso puso nuevamente el tema de corrupción en la mente de todos los académicos y profesionales, dando lugar a numerosos comentarios y a los abogados una estrategia argumentativa para desestabilizar o combatir las pretensiones de la otra parte.

Como ya hemos indicado anteriormente, pese a la naturaleza bilateral de cualquier acto de corrupción<sup>345</sup> este hecho no ha impedi-

---

<sup>341</sup> Caso CIADI No. ARB/84/3.

<sup>342</sup> Dichos casos fueron: *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. República Árabe de Egipto*; *Wena c. Egipto*; *Lucchetti c. Perú*, *Inceysa c. El Salvador*; *TanESCO c. IPTL (Tanzania Electric Supply Company (TANESCO) c. Independent Power Tanzania Limited (IPTL)*, caso CIADI No. ARB/10/20 de 2010; y *Thunderbird c. Mexico*. Tan sólo en dos casos, *Methanex v. U.S.* and *F-W Oil v. Trinidad and Tobago*, la corrupción partió de una alegación realizada por el inversor.

<sup>343</sup> Vid. J.W. Yackee, "Investment Treaties and Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States?", *Virginia J. Int'l L.*, vol. 52, 2012, p. 723.

<sup>344</sup> Entre otros: *Metal-Tech c. Uzbekistán*; *Fraport c. Filipinas* en la opinión disidente B. Cremades; *African Holding Co. c. Congo*; *Rumeli c. Kazakistán*, y *Siag c. Egipto* en la opinión disidente del árbitro Orrego Vicuña.

<sup>345</sup> En el que una parte propone y la otra acepta, por lo que ambas realizan el ilícito penal.

do que en los últimos años, tanto los Estados de acogida como los inversores aleguen de la existencia de corrupción para poner fin al arbitraje de inversión. Cuando se inician las acusaciones de corrupción en un arbitraje, éstas sirven para defenderse incluso de reclamaciones que no han sido efectuadas por el inversor, tal y como se demostró en Metal-Tech, en el que una vez admitida la existencia de corrupción por el tribunal, dicha ilegalidad acabará afectando al contrato de inversión realizado por el Gobierno que estaba en aquel momento en el poder y que generalmente no es el mismo que acude al arbitraje.

## *2. Suscitados por los inversores*

De todos los casos analizados, han sido muy pocos en los que el inversor alega que haya existido corrupción en la inversión extranjera por él realizada. Esta postura es totalmente comprensible, ya que las circunstancias en la que un inversor pueda llegar a plantear una cuestión totalmente plausible sobre corrupción sin acusarse a sí mismo, son prácticamente nulas.

Atendiendo a la jurisprudencia de los tribunales arbitrales sobre inversión extranjera, lo que los inversores suelen alegar es algún intento de extorsión o solicitud de soborno por parte de algún funcionario público del Estado receptor, acto este tipificado como una violación de las garantías de protección y de seguridad, trato justo y equitativo, principios estos contemplados en los Tratados de inversión.

### *A) RSM Production Corporation c. Granada.*

En el caso *RSM c. Granada*<sup>346</sup> en el que el tribunal del CIADI fue el encargado de resolver la demanda interpuesta por RSM Production Corporation junto con los tres accionistas que la constituyen, contra el Estado de Granada.

---

<sup>346</sup> caso CIADI, No. ARB/10/6, laudo de diciembre de 2010

Los antecedentes de hecho y procesales alegados por las partes fueron los siguientes: En julio de 1996, los demandantes, RSM Producción Corporation y Raquel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg y Miriam Z. Grynberg, que en conjunto, y en partes iguales, eran titulares del 100% del capital social en circulación de RSM y ciudadanos de los Estados Unidos de América suscribieron un contrato de exploración de petróleo y gas natural con el Estado de Granada en virtud del mismo, dentro de los 90 días posteriores a la firma del mismo, RSM quedaba obligada a solicitar, y Granada, a conceder una licencia de exploración de petróleo y gas natural. El acuerdo incluía, Asimismo, una cláusula de sometimiento de las partes a un arbitraje ante los tribunales del CIADI para resolver las futuras controversias que pudieran derivar del mismo.

El problema surgió cuando en abril de 2004, el Estado de Granada denegó una licencia de exploración a la demandante y posteriormente en julio del 2005 puso fin al acuerdo vigente, hasta aquel momento, entre las partes. La parte demandante, alegó, en un primer momento, que los incumplimientos realizados por la demandada fueron los siguientes: expropiación y conducta arbitraria, discriminatoria e ilegal, al denegar su solicitud de licencia de exploración y la posterior cancelación de su acuerdo, según RSM, fue una clara violación de la letra y el espíritu del acuerdo firmado por las partes; Violación del acuerdo y de las leyes internacionales así como falta de plena protección y seguridad para las inversiones realizadas por RSM en el Estado de Granada; Trato injusto y no equitativo, los demandantes alegaron que el trato dispensado por la demandada, fue en todo momento contrario a lo estipulado en el contrato y que actuó en busca del beneficio personal de algunos funcionarios, violando los de la parte inversora.

Con fecha 14 de octubre de 2010, el tribunal emitió una decisión sobre la solicitud de la demandada para la asegurar el cobro de las posibles costas, en la que declaró que el Estado de Granada, no había incumplido ninguna de las obligaciones dimanantes del acuerdo suscrito entre las partes en julio del 1996, y que consideraba que las obligaciones entre las partes habían sido finalizadas legalmente por parte de dicho Estado.



*“The tribunal declares that the Respondent (Grenada) did not breach any of its obligations towards the Claimant (RSM) under their Agreement of 4 July 1996 in failing to issue an Exploration Licence to the Claimant, such obligation having lapsed on 28 March 2004 and the Agreement having been lawfully terminated on 5 July 2005 so that the Respondent had thereafter no further substantive contractual obligations to RSM”.*

Tras este “*Prior Award*”, adverso a la demandante, RSM acusó al Gobierno de Granada de prácticas de corrupción, y de que la verdadera causa que le llevó a éste a actuar de manera contraria al acuerdo que había sido suscrito entre las partes, no fue otra que la de anular el contrato existente con la demandante para darle dicho contrato de exploración a otra empresa que se había comprometido a dar cuantiosas sumas de dinero en concepto de sobornos.

La demandante, solicitó al tribunal que examinara las nuevas pruebas, es decir, las posibles actuaciones corruptas llevadas a cabo por algunos funcionarios del Gobierno de Granada encargados de conceder las licencias sobre recursos naturales. Concretamente por el senador Gregory Bowen, ex Ministro de Energía y en aquel entonces vice primer Ministro quien fue sobornado por la empresa Global Petroleum Group Ltd. Para que RSM fuera reemplazada por esta última para realizar las exploraciones de petróleo y gas de país demandado. Y que dicha conducta era totalmente contraria a Derecho.

La demandante aportó pruebas sobre la constitución de Global Petroleum Group Ltd., según la demandante, fue constituida en diciembre de 2003 por dos personas convictas de origen ruso, Lev Korshagin y Eduardo Vasilev, pocos meses después de dicha constitución, el Estado de Granada, comenzó a realizar medidas activas para anular el acuerdo. Sin embargo, según alegó la empresa RSM, esta no fue consciente de las relaciones ilícitas existente entre los mismos hasta agosto de 2005, motivo por el que la demandante no denunció las evidencias de corrupción hasta un momento posterior al laudo de 2010.

La demandante, se enteró de la existencia de Global Petroleum por primera vez en agosto de 2005, cuando Lev Korshagin personalmente contactó con el Jefe Ejecutivo de RSM, para que ambos

mantuvieran una reunión en Londres, proponiéndole que su Empresa podría ser socia en el negocio que mantenía con el Gobierno de Granada. Asimismo, y según las pruebas aportadas por la demandante, el Sr. Grynber recibió una llamada de un embajador de Granada en misión oficial en los Estados Unidos, el Sr. Michael Melnicke, ofreciéndose éste como mediador entre el Estado de Granada y RSM, y que por dichos esfuerzos, la demandante debería pagarle sustanciales cantidades de dinero en royalties de petróleo y gas natural. La cantidad que fue estimada por el Sr Melnicke, fue de unos 10.000.000 de dólares americanos para pagar a distintos funcionarios de la Administración de Granada. Tras mantener varias conversaciones con dicho embajador, éste les llegó a confesar que la empresa Global Petroleum estaba totalmente decidida a obtener los contratos de explotación de recursos en el territorio que el Estado de Granada poseía en alta mar y ahora estaban siendo explotados por RSM y que para ello, no habían escatimado en medios, habiendo sobornado a personas muy influyentes e incluso para pagar los costes legales del arbitraje en que se encontraba en curso la demandada.

En diciembre de 2007, William J. Leyton, un ciudadano americano del Estado de California, fue condenado y antes de ingresar en prisión confirmó a RSM, que el Sr. Melnicke era el encargado de mediar los pagos en concepto de sobornos entre empresarios extranjeros y funcionarios del Estado de Granada, incluyendo al entonces Primer Ministro Mitchell.

Durante la audiencia del “*Prior Arbitration*” el senador Bowen llegó a testificar que Global Petroleum había llegado a financiar el arbitraje y que para ello la demandada había firmado un acuerdo con los Sres. Messers Vasilev y Korshagin en septiembre de 2005. Además, la demandante aportó las documentos oficiales del Gobierno de Granada en los que quedaba totalmente de manifiesto que Global Petroleum había invertido más de 4.000.000 millones de dólares en la defensa legal de dicho Gobierno. Asimismo, la demandante también alegó que el Sr. Lev Model pagó en día 12 de octubre de 2005 al gobierno de Granada un cheque cuyo importe ascendía a la cantidad de 2.500.000 dólares americanos. En octubre de 2007, RSM tuvo conocimiento de que el Sr. Model realizó una

serie de pagos ilegales al senador Bowen, concretamente la matrícula de la universidad de su hija. Posteriormente a estos hechos y como consecuencia de dichos sobornos, el gobierno suspendió la licencia de exploración que le había sido concedida a la demandante.

El tribunal, tras considerar todas las alegaciones realizadas por RSM, las desestimó porque ninguna de las razones enumeradas por la demandante, están contempladas en el Art. 52 del Reglamento del CIADI. Además el Comité hizo observar:

a) Que el tribunal en la fase anterior, tenía la competencia exclusiva para rectificar, revisar, completar o incluso interpretar.

b) Que RSM estaba solicitando del tribunal que examinara e investigara pruebas que la demandante ya tenía en su poder antes de que el “tribunal Prior” emitiera su laudo, y prueba de ello fue el procedimiento incoado por RSM en los tribunales del Estado de Nueva York contra el senador Gregory Bowen.

c) El tribunal, Asimismo, observó, que la demandante, tenía en su poder, todas las pruebas presentadas, antes de que el “tribunal Prior” emitiera el laudo. Posiblemente si las alegaciones se hubieran realizado en un primer momento, y antes de que el tribunal hubiera dado por cerrado el caso, el demandante, habría podido solicitar al tribunal que se hubiera abierto un nuevo procedimiento en base al art. 38 del Reglamento del CIADI.

*The Committee denied RSM’ application for a number of reasons, including the fact that the allegations made by RSM did not fall within any of the grounds for annulment enumerated in Convention Article 52. In rendering its decision, the Committee noted that:*

*(a) The Prior tribunal had the exclusive power in the post-award phase to rectify, revise, supplement or interpret the Prior Award;*

*(b) RSM was asking the Committee to consider and investigate evidence that was available before the Prior tribunal, and additional evidence led in RSM’s New York State court’s proceeding; and*

*(c) The evidence of corruption relied upon by RSM “was also obtained by it prior to the delivery of the Award, and, in one case, prior to the Merits Hearing. In the case of the evidence obtained after the Merits Hearing, if*

*the Applicant had good grounds to submit that this was new evidence decisively relevant to the issues in the arbitration, then, even if the tribunal had closed the proceedings, the Applicants could still have applied to the tribunal to re-open the proceedings under ICSID Rule 38(1).*

En este caso, como hemos comprobado, el tribunal, no admitió las alegaciones de corrupción, por considerar que las mismas no habían sido presentadas en el momento procesal oportuno, si estas posibles evidencias hubieran sido presentadas en su debido momento y forma, habrían examinado y estudiado dichas alegaciones tal y como ya se ha hecho en otros arbitrajes.

#### B) *Westacre c. Jugoinport*

En esta misma línea jurisprudencial, actuó el tribunal de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI) en el caso *Westacre contra Jugoinport*.

La demandada, formada por dos entidades yugoslavas, había suscrito con la otra parte, una empresa panameña, un contrato de consultoría y otro de venta de 215 tanques M-84 por un montante económico de 500,5 millones de dólares americanos. Cuando surgieron las incidencias contractuales, las partes se sometieron a un arbitraje, tal y como estaba dispuesto en las cláusulas de dicho contrato. Una vez iniciado el procedimiento arbitral, concretamente durante el momento de la celebración de la audiencia, y sin haber realizado, mención alguna en la fase de la contestación a la demanda, la demandada alegó ante el tribunal de la CCI que éste debería declarar el contrato celebrado entre las partes, nulo de pleno de Derecho, en base a que, para conseguir dichas ventas, la demandada había tenido que sobornar a funcionarios del Ministerio de Defensa de Kuwait para con la ayuda de éstos conseguir la licitación de dicho contrato.

El tribunal de la CCI concluyó que: “La mayoría de los acuerdos fundados en sobornos los convierte a estos en nulos. En los procedimientos de arbitraje, sin embargo, el soborno es un hecho que ha de ser alegado y para el cual ha de aportarse prueba, mientras que

al mismo tiempo constituye una defensa, invalidando las reclamaciones procedentes de un contrato. Las consecuencias de este hecho son decisivas. Si un demandante hace valer reclamaciones procedentes de un contrato y el demandado objeta que los derechos del demandante procedentes del contrato son nulos debido a la existencia de soborno, corresponde al demandado presentar el hecho del soborno y la correspondiente prueba dentro de los plazos permitidos para presentar dichas pruebas. La exposición de los hechos y la carga de la prueba corresponden por tanto al demandado. La palabra “soborno” debe de ser clara e inequívoca. Si el demandado no la utiliza en la presentación de los hechos, la Corte de Arbitraje no tendrá que investigar. La presentación de los hechos por las partes es la que exclusivamente decide en qué dirección tiene que investigar el tribunal Arbitral. Si la reclamación del demandante basada en el contrato ha de ser invalidada por la alegación de soborno, el tribunal Arbitral como cualquier tribunal estatal deberá estar convencido de que se trata verdaderamente de un caso de soborno. Una simple “sospecha” por cualquier miembro del tribunal, de las partes o de los testigos durante la fase en la que se deben establecer los hechos del caso resultará totalmente insuficiente”.

*“The majority also holds that bribery renders an agreement invalid. In arbitration proceedings, however, bribery is a fact which has to be alleged and for which evidence has to be submitted, and at the time constitutes a defence, nullifying the claims arising from a contract. The consequences of this are decisive.*

*If a claimant asserts claims arising from a contract, and the defendant objects that the claimants’ rights arising from the contract are null due to bribery, it is up to the defendant to present the fact of bribery and the pertaining evidence within the time limits allowed to him for presenting facts. The statement of facts and the burden of proof are therefore upon the defendant. The word “bribery” is clear and unmistakable. If the defendant does not use it in his presentation of facts an arbitral tribunal does not have to investigate. It is exclusively the parties’ presentation of facts that decides in what direction the arbitral tribunal has to investigate.*

*If the claimant’s claim based on the contract is to be voided by the defence of bribery, the arbitral tribunal, as any state court, must be convinced that there is indeed a case of bribery. A mere “suspicion” by any member of the parties nor to the witnesses during the phase to establish the facts of*

*the case, is entirely insufficient to form such a conviction of the arbitral tribunal.”*

Por lo tanto, el tribunal consideró que la alegación de corrupción se realizó en un momento procesal en el que por un lado, no permitía al tribunal y a la parte contraria investigar debidamente las pruebas presentadas, y de otro, las pruebas presentadas, prima facie, no eran claras e inequívocas, ni tampoco fueron presentadas al inicio del procedimiento, tal y como sucedió en el caso *RSM Production Company y otros/ Estado de Granada*.

El tribunal fue muy directo, al decir la palabra “soborno” debe de ser clara e inequívoca” sin embargo, en 1994, todavía no existían instrumentos jurídicos que pudieran aclarar dicho concepto, entre los pioneros cabe destacar , como ya se ha indicado anteriormente, a Estados Unidos con la promulgación de la Ley de Prácticas de Corrupción en el Extranjero de 1977 (*Foreign Corrupt Practices Act*, conocida con las siglas: FCPA). Aunque en diciembre de ese mismo año en Miami, tendría lugar la Cumbre de Presidentes de las Américas, antecedente para una de las primeras Convenciones, suscritas por distintos países con intención de luchar contra la corrupción, la convención interamericana contra la corrupción. En este Acuerdo Transnacional, contiene definiciones tales como función pública, funcionario público y bienes, pero aunque no contiene la definición exacta del término soborno, si hace una exposición muy exhaustiva de que deben ser considerados como “actos de corrupción” en su Art. VI.

Tras esta iniciativa internacional, iniciada en los años 90, las cuales fueron recogidas en un informe del Fondo Monetario, otras muchas proliferaron hasta el año 2006.

Con especial atención, cabe recordar la definición publicada en el art. 1 del Convenio de la OCDE. La precisión del hecho punible realizada por el Convenio penal sobre corrupción hecho por el Consejo de Europa (arts. 3-6 y 8-11).

En atención al orden cronológico podemos destacar: la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

Transnacional (UNDOC), cuyos principales objetivos fueron los de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente este tipo de delincuencia (art.6-8); junto con sus tres Protocolos: uno contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, otro contra el tráfico ilícito de emigrantes y el tercero y último contra la manufactura y tráfico ilícito de Armas de fuego; el Convenio civil sobre corrupción del Consejo de Europa, CoE (civil) con la intención de compensar a las personas que han sufrido las consecuencias negativas de los actos de corrupción adoptando una serie de medidas para compensar dicho menoscabo, buscando un ámbito de cooperación internacional para lograr esta finalidad. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), es el primer instrumento jurídico internacional, con ámbito internacional y universal, una de las más completas sobre esta materia; y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (UA) cuyas aspiraciones principales fueron las de fortalecer las leyes contra la corrupción.

Una vez, revisados todos los Convenios en materia de corrupción, llegamos a la conclusión de que hoy ya existe una definición clara, tal y como precisaba el tribunal sobre el concepto de corrupción y que dicha conducta, atendiendo a los distintos Convenios Internacionales, es posible que existiera, sin embargo, para que el tribunal aceptara tal conducta como tal, precisó de otro elemento, el que el acto de corrupción fuera “preciso” y si bien se realizaron alegaciones de que el senador el Gregory Bowen había sido sobornado, y existía una causa penal contra él, todavía no existía una sentencia firme, y los tribunales del CIADI, vienen exigiendo este requisito en su inmensa mayoría, quizás para obtener una mayor seguridad jurídica, entre ellos cabe destacar el caso *TSA Spectrum De Argentina S.A. /La República Argentina*, CIADI Caso No. ARB/05/5, en el que el tribunal, llegó a la siguiente conclusión con pruebas muy similares a las del presente caso (*RSM Production Company y otros/ Estado de Granada*):

“El tribunal de arbitraje observó que las investigaciones sobre los delitos en relación con la Concesión adjudicada a TSA se iniciaron en la Argentina. Dicho procedimiento se está llevando a cabo, pero aún no ha terminado. Dos personas asociadas con TSA –Neuss y D’Ancezune– fueron acusados

por complicidad en el ejercicio indebido de cargo público, pero no se ha emitido sentencia, y la cuestión del cohecho todavía se está investigando.

El tribunal de arbitraje no encontró motivos, sobre la base de los materiales disponibles, para sostener que la Concesión fue obtenida ilegalmente, por lo que tampoco puede argumentar que no está protegida por el TBI. Por otro lado, las investigaciones y los procedimientos iniciados en la Argentina todavía se están llevando a cabo”.

En los últimos años, cada vez encontramos más casos en la que una de las partes alega la existencia de corrupción, sabiendo que si llega a demostrarla, el tribunal arbitral deberá denegar su jurisdicción en base a que el contrato será considerado sin fuerza de ley e inaplicable, tal y como dijo el tribunal en el caso *Wena Hotels Ltd. / República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4. Por ello, siendo los tribunales conscientes de todo ello, son cada vez más exigentes a la hora de examinar las pruebas que se le presentan, así quedó demostrado en *African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. / República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/05/21.

*“It adds that the payment of such a bribe is criminal and that the resulting contract does not have the force of law. It is unenforceable and the claims cannot be heard as a matter of public policy. Furthermore, as a matter of applicable law, the contract is voidable and has been validly avoided by Kenya. Consequently, the claims must be dismissed with prejudice”*

*“Le tribunal s’inquiète de constater qu’un certain nombre d’administrations des parties défenderesses dans des cas d’arbitrage international ont recours à des allégations de corruption pour empêcher que le tribunal ne se déclare compétent ou pour en influencer la décision sur le fond, ce qui constitue une raison supplémentaire pour laquelle la norme de la preuve doit, à cet égard, être particulièrement élevée”.*

Ante estas consecuencias, debemos examinar, que postura debe adoptar y están adoptando los tribunales arbitrales cuando una de las partes alega que el contrato en el que se basa la sumisión a arbitraje internacional adolece de cualquier tipo de corrupción, ya sea cohecho, fraude o incluso blanqueo de capitales.



En respuesta a dicho examen, podemos decir que de manera generalizada, los tribunales han considerado que la práctica de cualquier tipo de corrupción es algo muy serio, y debida a dicha seriedad y consecuencias derivadas de las mismas, la alegación necesitará una evidencia muy clara como ha venido dictaminando hasta el momento en la inmensa mayoría de sus laudos.

*“Le tribunal est disposé à considérer toute pratique de corruption comme une affaire très grave, mais exigerait une preuve irréfutable de cette pratique, telle que celles qui résulteraient de poursuites criminelles dans les pays où la corruption constitue une infraction pénale. En revanche, si PwC s’était rendue compte dans son examen des comptes que les contrats auraient pu avoir été accordés à SAFRICAS à des prix dépassant les prix du marché, il est fort probable que les montants déterminés comme étant dus par la RDC auraient été réduits à due conséquence.”*

Los distintos tribunales tanto del CIADI como de la CCI, ante una alegación de corrupción, han venido adoptando las siguientes decisiones:

a) En primer lugar, el tribunal viene analizando, si en el caso que se le presenta, además de la alegación de corrupción existe otra causa por la que se le exceptué de tener jurisdicción sobre el tema

Si no hubiera habido otro obstáculo relativo a la jurisdicción en el presente caso, el tribunal hubiera decidido unificar la cuarta excepción a la jurisdicción al fondo del caso. Sin embargo, debido a que el tribunal ya había concluido que el caso debía desestimarse debido a otra excepción a la jurisdicción, las preguntas planteadas en la cuarta excepción a la jurisdicción no son concluyentes para el resultado del caso.

b) Si no existe ninguna otra causa para conocer el tribunal arbitral sobre el asunto, este pasará a examinar el fondo del asunto, investigando primero las pruebas presentadas, ya sean testificales o documentales. La carga de la prueba en un caso de corrupción recae sobre quien la alega.

*“According to the rules on burden of proof, it is incumbent upon the party claiming illegality to prove this fact”*

c) El tribunal deberá examinar que la parte que alega la existencia de corrupción lo ha hecho en debida forma y en el momento del proceso legalmente más oportuno, tal y como hemos expresado anteriormente. Además, el tribunal deberá hacer referencia expresa en el laudo a dicha alegación, así como a los hechos que hayan sido probados y a los fundamentos jurídicos aplicables en relación con esa alegación.

d) Por último, una vez que el tribunal haya examinado en detalle todas las pruebas referentes a la alegación de corrupción deberá determinar su relevancia con arreglo a la ley aplicable y si los mismos son hechos contrarios a dicha ley y al Orden Público.

*“In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral tribunal”.*

En conclusión, los tribunales arbitrales, tienen la obligación de investigar las alegaciones de corrupción, siempre y cuando éstas contengan todos los requisitos enumerados anteriormente, pues si la corrupción es contraria tanto a cualquier ordenamiento jurídico como al orden público internacional, no es menos ilegal, que cualquier parte con intención de eludir la jurisdicción de los tribunales arbitrales utilice este resquicio legal abusando de un derecho provocando inseguridad jurídica y un quebrantamiento al principio de economía procesal, alargando innecesariamente el procedimiento arbitral.<sup>347</sup>

---

<sup>347</sup> Vid. A.M. Sáez Crespo, “Postura adoptada por el tribunal del CIADI ante una alegación de prácticas de corrupción (RSM Production Company y otros/ Estado de Granada, Caso CIADI, No. ARB/10/6)”, *Arbitraje. Revista de*

Hay que señalar que el intento de un funcionario público de obtener un beneficio económico es alegable como medio de defensa ante un tribunal. Pero si se realiza el pago, el acto se convierte en una consumación del delito de corrupción y consecuentemente, una implicación delictiva por parte de los inversores. Por lo que si se reconociese haberse realizado el pago al funcionario, el resultado sería de consumación de un delito tipificado como tal en prácticamente todas las legislaciones nacionales y Tratados internacionales firmados para combatir la corrupción, por lo que el inversor se estaría auto-incriminando en un delito, lo cual no tiene mucha lógica.

*C) EDF (Services) Limited c. Rumanía*

A pesar de la naturaleza no jurisdiccional de las acusaciones de intentos de extorsión por parte de un funcionario público a un inversor extranjero, realizar una prueba fehaciente y concluyente de la existencia de corrupción es una labor muy difícil de realizar. En el caso *EDF c. Rumanía*, el inversor EDF<sup>348</sup>, la demandante EDF, participó en dos contratos de “joint venture” con dos empresas propiedad del Gobierno de Rumanía: E.D.F. ASRO S.R.L. (“ASRO”) y Sky Services (Romania) S.R.L. (“SKY”). EDF participó como inversor extranjero en dicho país con las dos empresas mixtas anteriormente nombradas según los certificados expedidos por la Agencia de Desarrollo de Rumanía en enero de 1992 y abril de 1995 respectivamente.

Contrató con ASRO: en noviembre EDF, C.N. Bucarest Otopeni Aeroport (“AIBO”) y C.N. Casrom SA, una empresa del Estado anteriormente controlada por el Fondo de Propiedad Estatal (“CASROM”), celebró un contrato de empresa conjunta para establecer ASRO. La duración inicial del ASRO debería ser en princi-

---

*arbitraje comercial y de inversiones*, 2010, Asimismo y en este mismo sentido, el caso *Rumeli c. Kazankistán*.

<sup>348</sup> *EDF (Services) c. Rumanía* caso CIADI No. ARB/05/13. Laudo, 8 de octubre de 2009.

pio de diez (10) años, sin embargo dicha duración “podría ser ampliada por períodos sucesivos de diez (10) años con el acuerdo de la Asamblea General. EDF contribuyó con 510,000.00 USD a cambio del 68% del capital social de ASRO. En junio de 1997, la Compañía de Transportationuri Aeriene Romane Tarom SA (“TAROM”), la compañía aérea nacional de Rumania, compró una participación del 10% en ASRO de EDF y toda la participación de CASROM. EDF en julio de 2000 adquirió parte de la participación de CASROM y el impago de RATOM por lo que finalmente se quedará con el 73% de las acciones de ASRO mientras TAROM y AIBO celebraron el 22% y 5%, respectivamente.

ASRO obtuvo en exclusiva mediante un contrato de alquiler, todos los puntos de venta minoristas y comerciales ubicadas en el aeropuerto Otopeni. A su vez, en enero de 1995, ASRO firmó un acuerdo con JARO International S.A. como proveedor de todos los Duty free del aeropuerto internacional de Constanza. La duración del contrato sería al menos de 15 años. Asimismo en octubre de 1997 abrió una nueva tienda Duty free en el aeropuerto internacional de Timisoara. AIBO contribuyó en un primer momento con locales comerciales y posteriormente y tras una modificación en el contrato lo hizo con activos comerciales. En julio de 1998, AIBO concedió ASRO un derecho de preferencia para utilizar nuevos espacios comerciales en el aeropuerto de Otopeni en la nueva terminal en construcción como parte de la expansión de ese aeropuerto. En enero de 2002, AIBO y TAROM se retiraron de la empresa ASRO dejando a EDF como único accionista, cuando llegó la fecha de finalización del contrato, EDF intentó hacer valer su derecho de prórroga por otros diez años, sin embargo un tribunal dictaminó que EDF debía abandonar todos sus locales en el aeropuerto en la fecha inicial del contrato de arrendamiento firmada conjuntamente con AIBO. Tras el Decreto-ley N° 104 (“GEO 104”), toda la legislación sobre las licencias existentes en los Duty free de los aeropuertos serían modificadas, por lo que dicho Decreto-ley afectaría a los establecimientos de Constanza, Timisoara y Otopeni. Una vez entró en vigor el Geo 104, se procedieron a realizar subastas sobre los establecimientos sitios en los distintos aeropuertos. EDF se presentó a las distintas licitaciones sin conseguir ninguna de ellas por

ser descalificado. Como consecuencia de una multa impuesta y un embargo de activos ordenados por la Guardia Financiera en noviembre de 2002, ASRO fue declarada en quiebra el 9 de septiembre de 2004.

Contrato con SKY: en diciembre de 1994, EDF, TAROM y el Sr. Ion Staicu, un ex gerente económico de CASROM, firmaron un contrato *joint venture* creando una empresa común, la SKY. El fin social fue el de proporcionar productos libres de impuestos a bordo de las aeronaves de TAROM, servicios de transportes en el aeropuerto y la construcción y puesta en marcha de un hotel de tránsito en el aeropuerto de Otopeni. El período de tiempo de validez del contrato fue de quince años, prorrogables por otros períodos si así lo decidía la Junta General de Socios.

La participación en el capital social de SKY era inicialmente de la siguiente manera: 46% TAROM, EDF 35,17%, Ian Staicu 16.83% 0. Al igual que sucediera con el anterior contrato, EDF se en el mayor accionista de SKY.

La entrada en vigor del GEO 104, afectó a las licencias obtenidas para los Duty free, y una vez terminado el plazo previsto de validez del contrato, TAROM se negó a prorrogar el plazo del contrato por otro período de tiempo.

Los hechos anteriormente resumidos, dieron lugar a que EDF iniciara un proceso arbitral ante el CIADI, alegando a que las acciones llevadas a cabo por Rumanía fueron constitutivas de una violación del BIT firmado entre Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de Rumanía, firmado el 13 de julio de 1995. Por su parte la demandada negó que cualquiera de sus acciones pudiera haber lesionado dicho acuerdo.

EDF argumentó que el gobierno de Rumanía había esperado a que la demandante hubiera establecido el negocio y este hubiera llegado a ser rentable para quedarse con la empresa de manera arbitraria. Que una vez que juró el cargo un nuevo Gobierno en diciembre de 2000. En agosto de 2001, el Sr. Herique Weil, delegado de EDF, se reunió en las instalaciones del Hotel Hilton de Rumanía, con el Sr. Sorin Tesu, jefe de gabinete del Primer Ministro

Nastase para tratar sobre su posible ampliación del contrato. En dicha reunión se le hizo ver al representante de EDF que la ampliación únicamente sería imposible si se hacía el pago de unas cantidades para ciertos altos cargos. Nuevamente en octubre de ese mismo año, se volvió a repetir la solicitud de soborno (de 2,5 millones de dólares americanos), por parte de la Sra. Liana Iacob, secretaria de estado, al Sr. Marco Katz, director de logística de ASRO. Tras la negativa al pago de dichos sobornos por parte de EDF, el estado denegó la prórroga del contrato por un nuevo período de diez años.

La demandante alegó que la conducta adoptada por los altos cargo del Estado, comprometían la responsabilidad internacional del mismo y que la solicitud de soborno realizada por el Sr. Sorin Tesu y la Sra. Liana Iacob en nombre del Primer Ministro Nastase debía de ser atribuible a Rumania. Así como la Auditoría que se llevó acabo en ASRO, la orden de “confiscación” y la de promulgación de GEO 104, fueron acciones claramente imputables a los órganos del Estado rumano. Por su parte, la demandada, negó que se hubiera hecho cualquier solicitud de soborno por parte de ninguno de los miembros de su gobierno y alegó que los informes emitidos por la Comisión Europea 1998-2002, sugerían que el Estado rumano debería dar mayor prioridad a la lucha contra el “fraude y la corrupción”. La recomendación fue tomada muy en serio por el Gobierno hasta tal punto que se adoptaron medidas para combatir el fraude y la corrupción en las costumbres de su país así como en el control de sus fronteras para evitar el tráfico ilegal o contrabando. Asimismo, el GEO 104 y 48 estuvieron en consonancia con los requisitos de adhesión de Rumanía y adaptación del régimen de las franquicias con el fin de armonizar su legislación con el ámbito comunitario

Si bien el tribunal compartió la opinión de la demandante, al considerar que la solicitud de un soborno por parte de un funcionario del Estado es una violación de la obligación de “trato justo y equitativo” conforme al BIT, así como una violación de la política internacional. Y que “el ejercicio de una discreción del Estado sobre la base de la corrupción es un [...] violación fundamental de la transparencia y de las legítimas expectativas”.

Y tuvo en cuenta que la demandante argumentó que no se pudo llegar a una prórroga sobre los acuerdos contractuales porque el Sr. Weil se negó a pagar un soborno de 2,5 millones de dólares americanos.

El tribunal respondió que la corrupción debe ser probada, pese a que es consciente de que es muy difícil de probar, ya que, por lo general existe poca o ninguna evidencia física de la misma. Sin embargo, dada la gravedad de dicha acusación, en este caso, teniendo en cuenta que se estaba involucrando a funcionarios del más alto nivel del Gobierno de Rumanía, deberían de ser demostrada de manera clara y convincente. A demás, existe un consenso general aceptado por los tribunales y comentaristas internacionales sobre la necesidad de un alto estándar en la prueba de corrupción. Por ello, el tribunal desestimó la alegación de soborno por que la prueba estaba muy lejos de ser tenida como “clara y convincente”.

*“In any case, however, corruption must be proven and is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence.*

*The seriousness of the accusation of corruption in the present case, considering that it involves officials at the highest level of the Romanian Government at the time, demands clear and convincing evidence. There is general consensus among international tribunals and commentators regarding the need for a high standard of proof of corruption”*

*“The evidence before the tribunal in the instant case concerning the alleged solicitation of a bribe is far from being clear and convincing.”*

Respecto a la alegación de medidas arbitrarias adoptadas por el Gobierno de Rumanía, el tribunal dictaminó que no existía evidencia alguna de la existencia de dichas “arbitrariedades o motivos indebidos”

La idea fundamental de la arbitrariedad, según la jurisprudencia del tribunal consistía en que “la legalidad, el proceso debido, el derecho al recurso judicial, la objetividad y la transparencia del Gobierno eran sustituidos por privilegios, preferencia, parcialidad, preclusión y ocultamiento. El profesor Schreuer y el tribunal declararon como arbitraria: “una medida que ocasiona daños al inversio-

nista sin servir ningún propósito legítimo aparente; una medida que no está fundada en normas legales, sino en la discreción, los prejuicios o preferencias personales; y una medida adoptada por razones diferentes a las expresadas por quien decide; una medida adoptada con deliberado desprecio por el debido proceso y el procedimiento apropiado.”

*“... a measure that inflicts damage on the investor without serving any apparent legitimate purpose; a measure that is not based on legal standards but on discretion, prejudice or personal preference; a measure taken for reasons that are different from those put forward by the decision maker; a measure taken in willful disregard of due process and proper procedure”.*

El tribunal dictó que la demandada no violó las obligaciones de la demandante de acuerdo con el BIT.

Que los honorarios y gastos del tribunal, así como los cargos administrativos del CIADI deberían pagarse a partes iguales.

Y que la demandante debería pagar a la demandada la suma de 6 millones de dólares americanos en concepto de honorarios de abogados y otros gastos

Considero acertado que el tribunal requiriera un estándar más elevado en los casos de corrupción. Exigiendo que dichas pruebas condenaran de manera clara y concluyente al que cometiere este tipo de delito.

El que condenara a la demandante al pago parcial de las costas de los abogados de la demandada, considero que el tribunal se adhirió a los precedentes seguidos por el NAFTA/UNCITRAL, en los que los tribunales arbitrales habían aplicado el principio conocido como “el que pierde paga”.



#### **IV. Comportamiento arbitral en atención a la parte que alega la corrupción.**

La jurisprudencia arbitral nos señala hacia la aparición de un patrón o tendencia atendiendo a la forma en la que se alega la corrupción en los procedimientos de arbitraje internacional de inversiones:

##### *1. Cuando la alegación es interpuesta por un Estado receptor*

Cuando es el Estado de acogida quien alega la corrupción, dicha alegación suele tratarse como una cuestión perentoria<sup>349</sup>, es decir, una vez el tribunal ha admitido la posible existencia de corrupción, el Estado de acogida puede solicitar la desestimación del caso en su totalidad, basándose en motivos de falta de jurisdicción del tribunal arbitral o solicitando la inadmisión de las reclamaciones solicitadas por los inversores.

La justificación de este tipo de finalización del procedimiento arbitral, se encuentra en que este tipo de conductas supone un incumplimiento tanto de las leyes nacionales de los Estados receptores (ya que estas contienen normas contra la corrupción), como de los Tratados de inversiones suscritos entre las partes; por lo tanto la inversión no se realizó de acuerdo con las legislaciones vigentes y la inversión no está protegida como inversión extranjera lo que consecuentemente, nos lleva a la conclusión que los tribunales arbitrales no tienen jurisdicción para conocer de ese tipo de disputa.

##### *2. Cuando la alegación es presentada por el inversor extranjero*

Como anteriormente hemos manifestado, cuando la alegación es planteada por el inversor extranjero, no estamos hablando de un

---

<sup>349</sup> Vid. A.P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, *op. cit.* [7.16]

acto de corrupción consumando. Generalmente, este supuesto alude al intento, o tentativa de un funcionario público de obtener un beneficio para él o un tercero a cambio de permitir al demandante obtener o prorrogar un contrato. En estos supuestos, no estamos tratando de una cuestión de jurisdicción. La tendencia adoptada por los tribunales arbitrales sobre este tipo de denuncias es la de admitir su jurisdicción para más adelante, iniciado el procedimiento, pasar a estudiar el fondo del asunto conjuntamente con el resto de reclamaciones u objeciones planteadas por las partes. Asimismo, la posición arbitral suele ser la de “quien alega la corrupción” es sobre quien recae la carga de la prueba, por lo que dicho inversor deberá probar los intentos del funcionario público de haber intentado violar sus derechos como inversor mediante prácticas corruptas.

La posible conveniencia e implicaciones políticas de esta asimetría en el trato dispensado a los inversores y a los Estados receptores, radica en los mismos efectos prácticos y patología que implica al conjunto de leyes sustantivas que envuelve y afecta a los mismos actores, independientemente de quien invoca la corrupción.

El efecto dominó que provoca esta doctrina, ve sus resultados en los laudos arbitrales, tal y como se desprende en dos de los casos relativamente más recientes sobre corrupción. En *Azpetrol Ltd. LLC c. Azerbaiyán* y *Siemens c. Argentina*, los que la corrupción fue admitida por el inversionista.

#### A) *Azpetrol Ltd. LLC c. Azerbaiyán*.

En el caso *Azpetrol*, Las demandantes, tres empresas constituidas bajo las leyes de los Países Bajos, solicitaron arbitraje ante el CIADI, alegando que se había producido una expropiación en violación del artículo 13 del Tratado CE a las que tanto los Países Bajos y Azerbaiyán eran partes. Los demandantes también alegaron violaciones de los arts. 10, 14 y 22 TCE.

En julio de 2008, el Sr. Peter Booster, un director de las empresas demandantes, declaró como testigo y durante el curso del interrogatorio, él declaró que había proporcionado fondos para sobornar a

funcionarios en Azerbaiyán a principios de 2006. A raíz de ese testimonio, las partes solicitaron conjuntamente, en julio de 2008, un levantamiento general de las actuaciones. Por lo que el tribunal concedió un aplazamiento. En agosto de 2008, la Demandada presentó una solicitud para desestimar el procedimiento por razones de orden público internacional. El tribunal estableció en una resolución procesal un calendario para que las partes presentaran alegaciones en relación con las declaraciones de soborno. La demandada desmintió las alegaciones hechas sobre haber realizado entregas de dinero en concepto de sobornos.

La disputa entre las partes se centró en un intercambio de correos electrónicos enviados por el demandado en diciembre en el que se enviaba una contra-oferta para resolver la controversia (dicha oferta se materializó mediante un correo electrónico y un apéndice de siete párrafos numerados) y su aceptación por parte de los demandantes. Las partes difieren en el significado de la contra-oferta realizada por el demandado. El demandado la veía como una oferta para resolver el litigio mediante acuerdo, sujeto a condición resolutoria vinculante (los términos debían formalizarse en un acuerdo antes de finalizar el año) que podrían ser renunciado por el Estado de Azerbaiyán.

Demandantes y el abogado de la demandada estaban ambos ubicados en Londres y acordaron que la ley Inglés era la ley aplicable con respecto a si se concluyó un acuerdo de solución, y si era así, lo que ello significaba. La cuestión que el tribunal era un caso clásico de la formación del contrato y la interpretación. Los demandantes alegaron que: (1) no había ninguna intención de crear relaciones legales más allá de la conclusión de un acuerdo de *statu quo*; (2) no hubo reunión de personas en algo más que un acuerdo de *statu quo*; (3) la oferta y la aceptación fueron incompletas, ya que no incluyen términos que las partes consideran esencial para la conclusión de un acuerdo de solución; y (4), tanto el registro de las negociaciones y el comportamiento ulterior de las partes mostraron que el intercambio de correos electrónicos, el 16 y 19 de diciembre no se pretendía que equivaldría a un acuerdo vinculante para resolver (párr. 69).

La respuesta que debía de dar el tribunal arbitral era si un intercambio de correos electrónicos entre los abogados de las partes era suficiente para dar lugar a un acuerdo de solución vinculante.

El tribunal interpretó que el contenido de los correos electrónicos entre las partes, concretamente el del abogado de la demandada en la que se proponía una oferta para resolver el litigio al margen del procedimiento arbitral y mediante un acuerdo vinculante era válido, ya que existía una intención de suspender el arbitraje y más allá de si existía o no la intención de crear relaciones legales.

En aplicación de los principios de Derecho contractual inglés, el tribunal determinó que existía un acuerdo vinculante. Como resultado de ello, el tribunal sostuvo que carecía de competencia en virtud del art.25.1º, el Convenio del CIADI, porque ya no era una disputa legal entre las partes.

*The tribunal has concluded that the parties reached a binding settlement agreement in the terms of the 16 December 2008 email from Mr Jagusch. The Respondent stated that the settlement agreement dealt with all issues in dispute between the parties, including the issue of costs.<sup>42</sup> Although the Claimants objected to the existence of a binding settlement, they did not contest that the terms of the settlement would have finally disposed of all matters in dispute. In these circumstances, the tribunal concludes that there is no “legal dispute” between the Claimants and the Respondent as required by Article 25(1) of the ICSID Convention or “dispute” as required by Article 26(1) of the ECT and, consequently, no jurisdiction to hear the claim. The tribunal must therefore, in accordance with ICSID Arbitration Rule 41(6), render an award to that effect.*

El tribunal desestimó tener jurisdicción por lo que no entró en el fondo de la cuestión en relación con la alegación de sobornos a autoridades estatales.

## B) Otras prácticas arbitrales

En el caso *Siemens*, dicha admisión se realizó una vez finalizado el procedimiento arbitral. Mientras que en el caso *Azpetrol*, fue uno de los testigos de la parte demandante quien admitió haber realiza-

do pagos en concepto de sobornos, sin embargo el tribunal consideró otra objeción a su jurisdicción y no tuvo que entrar a analizar el fondo del asunto sobre si había existido o no corrupción. Estos resultados, a priori proporcionaban unas condiciones favorables al Estado de acogida al proporcionarle una defensa completa, ya que el laudo le es favorable lo que le permite eludir cualquiera de las reclamaciones efectuadas por la parte demandante, una vez que la corrupción ha sido establecida como cierta o ha sido admitida por el tribunal. De hecho en el caso anteriormente mencionado, *Siemens c. Argentina*, la demandante ya había ganado la controversia ante un tribunal del CIADI y el Estado receptor había sido condenado a pagar<sup>350</sup> a la demandante por su inversión. Hasta que una vez finalizado el arbitraje, Argentina presentó una reclamación, solicitando la anulación del laudo basando dicha reclamación en que Siemens había obtenido los contratos para obtener la inversión extranjera en base a pagos de sobornos a los Gobiernos de los presidentes Carlos Menem y Fernando de la Rúa.

Una última nota sobre los Estados receptores cuando estos afirman que la corrupción directamente priva de jurisdicción a un tribunal arbitral.

El caso *World Duty Free c. Kenia*, a menudo erróneamente citado para apoyar la tesis de que la admisión de un soborno ante un tribunal privaría a este de conocer sobre la discrepancias entre las partes y resolución del caso, están totalmente equivocados. Debemos recordar que el laudo emitido sobre este asunto especificaba que tras el análisis efectuado por el tribunal se resolvió que el contrato fue obtenido mediante corrupción lo que si el contrato fue declarado nulo, el acuerdo de inversión, consecuentemente, también era nulo, por lo que dicha nulidad afecta al acuerdo arbitral. Lo que no significa que el tribunal carezca de jurisdicción sino que este

---

<sup>350</sup> El tribunal condenó a la demandada a pagar diversas cantidades en concepto de compensación, inversion, daños, impagos y facturas. *Vid.* párrafo 403.4 del laudo: “*that the Respondent shall pay forthwith to the Claimant compensation in the amount of \$208,440,540 on account of the value of its investment, \$9,178,000 on account of consequential damages and \$219,899 on account of unpaid bills for services rendered by SITS to the Government*”.

tuvo que admitir una inadmisibilidad de las demandas solicitadas no falta de jurisdicción, ya que de hecho la tiene hasta que conoce el fondo del asunto. En conclusión, el tribunal entendió que la inversión no fue realizada conforme a las leyes y tratados; una inversión contraria a las leyes y tratados no tiene cabida ante el CIADI, pero el tribunal si puede entender de un caso de alegación de corrupción, únicamente una vez que el tribunal ha concluido que esta ha existido, dicha conclusión conlleva la anulación del contrato o del acuerdo arbitral. Por ello, “ningún tribunal prestará ayuda a un hombre que funda su causa o acción en un acto inmoral o ilegal”.<sup>351</sup> La corrupción cerró las puertas a obtener una posible compensación bajo el auspicio de las leyes inglesas, sin embargo, dejó una abierta una ventana a las partes para obtener la posibilidad de algún

---

<sup>351</sup> Vid. caso *World Duty Free c. Kenia* en el que el tribunal aludió a la máxima “*is this: ex dolo malo non oritur actio*”. En la que alude a varios casos sobre esta postura arbitral adoptada por primera vez en el caso *EuroDiam Ltd c. Bathurst*: “*No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal act. If, from the plaintiff's own stating or otherwise, the cause of action appears to arise ex turpi causa, or the transgression of a positive law of this country, there the court says he has no right to be assisted. It is upon that ground the court goes; not for the sake of the defendant, but because they will not lend their aid to such a plaintiff. So if the plaintiff and the defendant were to change sides, and the defendant were to bring his action against the plaintiff, the latter would then have the advantage of it; for where both are equally at fault, potior est conditio defendentis.*”. The rules on illegality have been criticised as being unprincipled but a better way of viewing them, as the previous dictum from *Holman c. Johnson* nos ilustra com: “being indiscriminate in their effect and are capable therefore of producing injustice.” “The ‘effect of illegality is not substantive but procedural’, it prevents the plaintiff from enforcing the illegal transaction. The “*ex turpi causa defence*”, asimismo en el caso: *EuroDiam Ltd c. Bathurst* [1990] QB 1, ‘rests on a principle of public policy that the courts will not assist a plaintiff who has been guilty of illegal (or immoral) conduct of which the courts should take notice. It applies if in all the circumstances it would be an affront to public conscience to grant the plaintiff the relief which he seeks because the court would thereby appear to assist or encourage the plaintiff in his illegal conduct or to encourage others in similar acts’...illegal contracts are not devoid of legal effect, but the *ex turpi causa maxim* entails that no action on the contract can be maintained.”

tipo de compensación de manera extracontractual para los inversores culpables en un caso de corrupción.

*Metal-Tech c. Uzbekistán*, fue el primer caso en el que un tribunal consideró que carecía de jurisdicción, pero ello fue debido a que la corrupción se cometió en contra del APPRI suscrito entre Israel y Uzbekistán y a su vez también afectaba negativamente al art. 46 del Convenio del CIADI.<sup>352</sup>

### *3. Multiplicidad de patrones de alegaciones de corrupción por las partes.*

Tras analizar los distintos casos en los que se ha alegado corrupción, dicho análisis revela una sorprendente multiplicidad de patrones.

Por un lado, en cinco de los casos analizados, en los que el inversionista extranjero presentó ante el tribunal una excepción a su jurisdicción por haber realizado el Estado receptor actos de corrupción, sus alegaciones se fundaron en: solicitudes de soborno cuando el inversionista estaba negociando un contrato de petróleo y gas con la empresa pública de energía del Estado de acogida,<sup>353</sup> si el soborno no fue aceptado el Estado promulgó una serie de regulaciones perjudiciales para la inversión realizada por la demandante,<sup>354</sup> otra alegación fue la solicitud de soborno realizada por un juez nacional para beneficiar al inversionista impidiendo la incautación de su inversión,<sup>355</sup> solicitud del pago de un soborno para la ampliación de un acuerdo de inversión,<sup>356</sup> soborno requerido a una

---

<sup>352</sup> Vid. caso *Metal-Tech* párrafos 412 y 413.

<sup>353</sup> *F-W Oil Interests, Inc. c. Trinidad and Tobago* (2006).

<sup>354</sup> *Methanex c. Estados Unidos* (2005).

<sup>355</sup> *Rumeli Teleko c. Kazajistán* (2008).

<sup>356</sup> *EDF (Services) c. Rumanía* (2009).

empresa extranjera de la competencia, para si ésta aceptaba, negar la licencia requerida por el inversor (demandante).<sup>357</sup>

Todas estas variaciones que hemos mostrado, durante el curso de una inversión extranjera, en la que los intentos de corrupción tuvieron lugar con la intención de obtener un justo tratamiento por parte de los tribunales arbitrales. Los intentos de extorsión tuvieron lugar en diferentes momentos de la relación inversionista-Estado receptor, cabe preguntarse si a tenor del momento en que ésta tuvo lugar, debería de tener diferentes repercusiones legales. No está totalmente claro que la temporalidad tenga que ser un factor determinante en estos casos.

Por otro lado, la otra cara de la moneda, aquellos supuestos en los que el Estado de acogida ha alegado la corrupción como un medio de defensa (como contrademanda), frente a las reclamaciones presentadas por los inversores extranjeros, siguen dos patrones principalmente: (i) la corrupción se llevó a cabo en el inicio de la inversión extranjera, y (ii) la corrupción se realizó durante la vida de la inversión, (generalmente durante el período de ejecución del contrato. Del estudio que se desprende de los distintos casos analizados, en los que el Estado receptor alegó que la corrupción fue cometida por el inversor, en 11 de esos casos,<sup>358</sup> la corrupción se llevó a cabo, presuntamente durante el inicio de la inversión.

A su vez, la gran mayoría de los casos en los que son presentadas las denuncias de sobornos por parte de los inversores, estos han alegan que los funcionarios públicos o intermediarios locales solicitan dichos sobornos con el fin de asegurar el contrato de inversión. Con menor frecuencia, la solicitud de soborno implica la manipulación del ámbito regulatorio del Estado receptor para que permita la inversión extranjera.

---

<sup>357</sup> *RSM c. Granada* (2010).

<sup>358</sup> *Metal-Tech c. Uzbekistán, World DutyFree c. Kenia, Siemens c. Argentina, SPP c. Egipto, Wena c. Egipto, Tanesco c. IPTL, Thunderbird c. Mexico, Inceysa c. El Salvador, Fraport c. Filipinas, African Holding Company c. RDC, TSA Spectrum c. Argentina.*



En el caso *Thunderbird c. México*, por ejemplo, la solicitud de corrupción se hacía, presuntamente, necesaria para la variación de la política pública existente por parte de los funcionarios públicos con el fin de permitir la inversión que hasta el momento era ilegal en el Ordenamiento Jurídico del Estado receptor.

En otros supuestos, tales como *Lucchetti c. Perú*, el inversionista supuestamente había asegurado su inversión a través de sobornos, para que se emitiera una sentencia judicial que le beneficiase, permitiéndole seguir a delante con su inversión pese a que la legislación local del Estado de acogía tenía un número máximo de inversores que operasen en dicha localidad.

En *Siag c. Egipto*, la alegación de corrupción se basó en que el anterior Gobierno había proporcionado la ciudadanía libanesa al inversor para que éste pudiese proseguir ante un arbitraje CIADI; en *Azpetrol c. Azerbaiyán*, los sobornos, presuntamente los pagos fueron destinados a la protección de funcionarios públicos no identificados en Azerbaiyán, que pudieran estar sometidos a la presión del Gobierno.

Algunos casos, incluso desafían una posible clasificación; en el caso *Niko*, por ejemplo, los sobornos se entregaron después de firmar una inversión inicial (mediante un contrato *joint venture*), pero antes de obtener el contrato principal sobre una venta de gas entre la empresa del inversionista y las empresas de energía del Estado receptor.

Quizás uno de los casos más interesantes sobre la alegación de la corrupción y la distinción temporal de la realización de la misma fue el caso *Fraport c. Filipinas*, en el que se hizo distinción entre si la ilegalidad se realizaba al inicio del contrato de inversiones extranjeras o si dicha ilegalidad se perpetraba durante el período de vida del contrato.

El tribunal que entendió del asunto, concluyó que el leguaje de mucho de los Tratados de inversión (incluyendo el APPRI suscrito entre Alemania y Filipinas, en este caso), apuntaba a la necesidad de observar y cumplir en el momento de la inversión con las leyes del Estado de acogida (incluyendo *a fortiori* las leyes contra la co-

rrupción) pero únicamente al inicio de la inversión; la ilegalidad que pudiese surgir durante la vida jurídica de la inversión debería entenderse como un tipo de reclamación sustantiva que debería ser tratada por los tribunales arbitrales al momento de entrar a discernir sobre el fondo del asunto<sup>359</sup>.

Es admitido por la jurisprudencia arbitral sobre la restricción de competencia de un tribunal cuando la corrupción ha sido probada al inicio del contrato de inversión, así quedó demostrado en el caso *World Duty Free c. Kenia* en la que el tribunal buscó la fijación de un criterio temporal para determinar en qué momento concreto se había producido la corrupción

---

<sup>359</sup> “Si, en el momento de la iniciación de la inversión, se ha dado cumplimiento a la ley del Estado de acogida, las denuncias por el Estado anfitrión sobre posibles violaciones de la ley en el curso de la inversión, como una justificación para la acción del Estado contra la inversión, dicha posible violación debería entenderse como una defensa justificada en la violación sustantiva del TBI, pero no podía privar a un tribunal que actúa bajo la autoridad del TBI de su jurisdicción.” Caso *Fraport*, párrafo 345. En parecidas conclusiones también se expresó el laudo del caso *Metal-Tech*.



## **PARTE TERCERA**

### **LA PRUEBA EN LOS CASOS DE CORRUPCIÓN**



## **CAPÍTULO VI**

### **PRÁCTICA Y CARGA DE LA PRUEBA**

#### **I. Introducción**

La prueba es uno de los elementos más importantes a tener en cuenta a la hora de proporcionar un procedimiento económico, eficiente y justo en el arbitraje internacional, por ello he considerado necesario realizar un estudio que refleje fielmente las posturas mantenidas por los distintos tribunales arbitrales a través de estos últimos casi 50 años enfrentándose a una casuística en la que alguna de las partes ha procedido a presentar distintos tipos de pruebas, documentales, testifical, entre otras, y en la que se pretendía obtener un laudo favorable de la existencia de corrupción.

La principal dificultad que encuentran las partes a la hora de presentar pruebas que evidencien que ha habido corrupción es que en la gran mayoría de los casos, los que han cometido el delito suelen saber borrar muy bien todo rastro del mismo. Algunos tribunales han recogido a través de sus laudos las manifestaciones de alguna de las partes en las que se quejaban precisamente de estos hechos. Estas declaraciones me han llevado a analizar si los tribunales deben manifestarse como inquisidores en búsqueda de la corrupción y hasta qué punto tienen el deber de realizar esa búsqueda de corrupción.

Un aspecto, ciertamente importante sobre esta fase del arbitraje internacional, es la carga de la prueba, quién tiene el deber de probar la alegación de corrupción, ¿cuáles han sido y son en la actualidad los estándares de prueba seguidos por los tribunales en los casi cuarenta casos analizados en esta tesis doctoral? Resulta interesante la información que me ha proporcionado a la hora de analizar la interacción de las pruebas obtenidas por las autoridades y los tribu-

nales arbitrales. Así como los efectos de la inactividad de la jurisdicción judicial en la prueba arbitral.

Y por último, y no menos importante, existen una serie de denominadores comunes, o banderas rojas, como han denominado algunos sectores doctrinales, que deben alertar al árbitro de que está ante un posible caso de corrupción.

## II. La dificultad de probar la corrupción

Cuando un árbitro se enfrenta a acusaciones realizadas por una de las partes alegando que la otra parte ha cometido actos de corrupción, actualmente no cabe duda alguna que existe un amplio consenso de que los actos de corrupción son ilegales, inmorales y por lo tanto deben de ser sancionados y por lo tanto dicho árbitro deberá arbitrar en consecuencia.

### 1. Principales dificultades de la prueba de corrupción

La principal dificultad con la que se encuentran la mayoría de los tribunales ante este tipo de acusaciones es como deben evaluar o probar los hechos alegados.

En la mayoría de los casos, la corrupción, especialmente en el del soborno a un funcionario público, es perpetrada por aquellas partes que tienen más poder y recursos, por lo que es muy difícil poder seguir cualquier rastro o evidencia de este delito<sup>360</sup>. Esto plantea ciertos problemas y hace preguntarse cuál debe ser el estándar de prueba adecuado. Asimismo estas preguntas llevan a otras como cuál debe de ser el rol del árbitro a la hora de dictar su laudo con respecto a todas las pruebas analizadas. ¿Cómo deben valorar la propia prueba en sí, desde una postura proactiva o indiferente en descubrir la corrupción o por el contrario más legalista y ceñirse únicamente a las pruebas?.

Los árbitros deben tener en cuenta que en la mayoría de los casos, dichas investigaciones o litigios se utilizan con fines políticos o incluso tácticos cuya verdadera intención es la de reforzar su solidez como Estado de acogida a los arbitraje. En *EDF (Services)*

---

<sup>360</sup> K. Mills, "Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitrations Relating Thereto", *International Council for Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 295.



*Limited c. Rumanía*<sup>361</sup>, la parte inversora criticó la investigación interna y posterior exoneración de los funcionarios públicos cuando a su juicio eran todos corruptos. Esto contrasta con *Fraport AG c. Filipinas* donde las conclusiones de las autoridades nacionales, concretamente del órgano de la fiscalía fue que no había habido violación alguna por parte de los funcionarios. En otros casos los Estados pretenden desarrollar y fomentar dicho arbitraje aunque no de manera incondicional. Últimamente, los tribunales de arbitraje internacional están optando por realizar evaluaciones independientes respecto de las conclusiones y dictámenes a los que lleguen las autoridades nacionales en sus sentencias<sup>362</sup>.

En la mayoría de los casos existe la posibilidad de que el contrato de inversión se haya obtenido mediante algún tipo de sobornos, los árbitros en estos supuestos se enfrentan a la cuestión de cómo determinar si realmente ha existido o no corrupción en base a la evidencia, muchas veces imperfecta, contradictoria y con escasa ayuda por parte de las autoridades nacionales.

En muchas ocasiones, la cadena ininterrumpida de hechos que conducen a una certeza moral de que hubo actos de corrupción, pero que dichas conclusiones o presunciones no se corresponden con los resultados de las pruebas. Todo ello va a depender de las herramientas legales, de los estándares de la prueba y de las evidencias que estas arrojen y de la manera adecuada en la que se “conecten todos estos puntos” o piezas de una especie de puzle.<sup>363</sup>

---

<sup>361</sup> Caso CIADI No. ARB/05/13

<sup>362</sup> En el caso *Inceysa Vallisoletana, S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, el tribunal sostuvo que las conclusiones emitidas por el Estado sobre la legalidad o ilegalidad de la inversión no eran determinantes ya que “la determinación de la citada legalidad solo puede ser hecha por el tribunal de la causa, es decir, por este tribunal de Arbitraje”, párrs. 209-213). Por tanto, corresponde al tribunal arbitral determinar si los hallazgos y pruebas judiciales nacionales son o no *res judicata* a los efectos de determinar la competencia del tribunal en virtud del BIT.

<sup>363</sup> Vid. *International Thunderbird Gaming Corporation c. Los Estados Unidos de Mexico*, un arbitraje TLCAN bajo las reglas de CNUDMI en la que la opinion desidente de Wälde, pfo. 3 decía: (citación omitida: “*Since the arbi-*

## *2. Prácticas arbitrales en las que la pruebas de corrupción no han planteado problema al tribunal.*

Existen casos que no han planteado mayor problema a la hora de adoptar sus decisiones los tribunales arbitrales, tales como *World Duty Free c. República de Kenia* en el que el demandante admitió que para poder llegar a hacer negocios con el gobierno de aquél país tendría que realizar una donación personal al entonces presidente de Kenia el Sr. Daniel arap Moi.

*“The Claimant states that in order to be able to do business with the Government of Kenya, Mr. Ali was required in March 1989 to make a “personal donation” to Mr. Daniel arap Moi, then President of the Republic of Kenya. The Claimant adds that this donation amounted to US\$2 million, and contends that the donation was “part of the consideration paid by House of Perfume to obtain the contract”.*

*On 19 March 2003, Kenya submitted to the tribunal an application alleging that the 1989 Agreement is unenforceable and requesting the dismissal of the claims with prejudice on that basis. In that application, the Respondent states that “it is the Claimant’s case that the Contract upon which its claims in these proceedings are based was procured by paying a bribe of US\$2 million to the then President of Kenya, Daniel arap Moi”. It adds that “the payment of a bribe is criminal”. “As a matter of Kenyan, English and International ordre public, the resulting Contract does not have the force of law”.*

---

*tration has, as often or always, not elucidated all relevant facts, one needs to rely on standard practice of rules of evidence, burden of proof and presumptions to determine when the claimant and when the respondent has to bear the respective burden. In addition, as recently explained again by the Methanex v US award, what is unknown but relevant has to be dealt with by inference, i.e. by taking the ‘dots’ that are available, drawing explanatory lines between them (and then determine what explanation can be inferred by relying on burden of proof allocation, prima facie evidence and arbitral determination of the evidence). They need to be assessed not only from the lofty spheres of commercial arbitration law, but also with a real-life understanding of the ‘coal-face’ of foreign investment practices”.*

Ante tales testimonios, el tribunal tuvo que concluir que los hechos presentados a través de las pruebas eran de todo punto indiscutibles por lo que no existe presunción legal alguna sino que la práctica de la prueba entre otras la oral no permitía duda alguna al tribunal.

*“Public Policy - The Facts: The relevant facts are indisputable on the evidence adduced before this tribunal: this is not a case which turns on legal presumptions, statutory deeming provisions or different standards of proof under English or Kenyan law. Indeed the decisive evidential materials came from the Claimant itself, including Mr. Ali’s own written and oral testimony.”*

*Metal-Tech Ltd c. República de Uzbekistán* en los que el inversor admitió libremente durante el proceso arbitral que había realizado pagos en concepto de sobornos a altos cargos de la Administración Pública del Estado.

*“Respondent argues that they were a sham meant to cover the Claimant’s illegal payments to Government officials or to persons closely connected to the Government.”*

También hay otros casos en los que existía una causa penal en el Estado receptor contra una de las partes del proceso arbitral y dicha parte ha admitido ante el Ministerio Fiscal o los tribunales penales de dicho país que habían cometido actos de corrupción como en el caso *“Siemens A. G. c. República Argentina”*<sup>364</sup> y el caso *Niko Resources (Bangladesh) Ltd c. El Pueblo de la República de Bangladesh, BAPEX, y PETROBANGLA*<sup>365</sup>. Sin embargo, en muchas ocasiones, estos casos cuentan con gran repercusión en los tribunales nacionales y por ello pueden llegar a afectar en los resultados arbi-

---

<sup>364</sup> Caso CIADI Nro. ARB 02/8

<sup>365</sup> Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB 10/18, Decisión sobre Jurisdiction 19 agosto 2013

trales donde se está llegando a adoptar una solución sobre esos mismos hechos que se están tramitando en un tribunal penal<sup>366</sup>.

La misión de todo árbitro debería ser la de dar una serie de normas o directrices apropiadas sobre la carga, los estándares y valoración de la prueba en casos de corrupción para ayudar a las partes a que fortalezcan y encaucen debidamente el proceso arbitral<sup>367</sup>.

---

<sup>366</sup> En el caso Niko, el tribunal reconoció que las autoridades nacionales disponían de una mejor posición para recoger y analizar las pruebas necesarias sobre corrupción. *Vid. Niko Resources (Bangladesh) Ltd c. República Popular de Bangladés*, BAPEX y Petrobangla, párr. 425, “*In the present case, the acts of corruption of which the Claimant was convicted were committed in Bangladesh. If there were any other such acts committed they must have concerned persons making decisions in Bangladesh. Therefore, the authorities of Bangladesh were best placed to investigate and collect proof of corruption relevant for the present case*”.

<sup>367</sup> J. Rosell y H. Prager, “Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof”, *Arb. Int’l*, vol.15, 1999, pp. 329, 348.

### **III. ¿Tribunales como inquisidores? El deber de investigar las denuncias de corrupción**

Como ya hemos expuesto anteriormente, mucho ha cambiado el sentido del deber de denuncia de los casos de corrupción de los tribunales arbitrales. Actualmente, la opinión mayoritaria es de total rechazo ante cualquier práctica delictiva de corrupción. Los tribunales son coherentes con la legislación actual y el orden público internacional y por ello consideran que es su deber denunciar y erradicar estas conductas.

“... queda claro en la actualidad que un tribunal arbitral tiene el deber de examinar cualquier tipo de corrupción, blanqueo de capitales o fraude contable grave que se produzca en la negociación o ejecución del contrato, incluso si las partes no quisieran que el tribunal lo haga. La afirmación efectuada en el arbitraje Westacre de que un tribunal arbitral no tiene la obligación de investigar el cohecho, a no ser que una de las partes plantee explícitamente la cuestión, es incompatible con la actual importancia del cohecho en el orden público internacional.”<sup>368</sup>

#### *1. Deber del árbitro de investigar las denuncias de corrupción.*

Si bien el deber de admitir una denuncia de existencia de corrupción ha quedado claramente establecido como una necesidad adecuada con la realidad en la que se desenvuelve hoy día los nego-

---

<sup>368</sup> Vid. RH Kreindler “Is the Arbitrator Obligated to Denounce Money Laundering, Corruption of Officials, etc.? The Arbitrator as Accomplice – Sham Proceedings and the Trap of the Consent Award”, en *T. H Moran Combating Corrupt Payments in Foreign Investment Concessions: Closing the Loopholes, Extending the Tools*, Washington DC, Center for Global Development, 2008, p. 26. En este mismo sentido Vid. B. Cremades y D. Cairos, “Orden público transnacional en el arbitraje internacional” cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable, *op. cit.* p. 283-308; G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, London, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 2183.

cios, inversiones y el arbitraje internacional; no lo está tanto sobre el alcance y contenido de dicho deber de los tribunales arbitrales de informar a las autoridades nacionales sobre estas cuestiones de corrupción.<sup>369</sup>

No existe duda alguna de que los tribunales tienen la obligación de resolver alegaciones de corrupción cuando éstas han sido directamente planteadas por las partes, máxime cuando dicha corrupción puede afectar directamente sobre el resultado del laudo y su posterior ejecución.

Por numerosas razones, parece que los tribunales se ven obligados, como ya hemos analizado previamente, pero principalmente por el propio Estado receptor y por la comunidad internacional en su conjunto. Alejándose de este modo del imperio de la “autonomía de las partes” que en tantas ocasiones permite a éstas crear contratos legales que en realidad son meras quimeras que sirven para acordar pagos de comisiones por la obtención de contratos previos pagos de sobornos a funcionarios públicos. Contratos aparentemente con estructuras, derechos y obligaciones que en nada parece hacer dudar de su autenticidad<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> M. Hwang y K. Lim, “Corruption in Arbitration—Law and Reality”, *op. cit.* pp.14–22 (en referencia a las Normas SIAC 2010 que establecen que las partes o los árbitros podrán revelar los asuntos relacionados con el arbitraje “*in compliance with the provisions of the laws of any State which are binding on the party making the disclosure*”).

<sup>370</sup> En contraste con el arbitraje comercial, con su énfasis en la autonomía de las partes, en el tratamiento de corrupción cabría mencionar el amplio estudio de Syed, el consideró que: “... *he drive towards greater autonomy renders contracts of international trade apt to accommodate any content, including relations of corruption. Autonomy creates a space for the human will to express itself without restriction. Merchants may therefore agree on corruption and the contract structures the method of its realization. The parties to such contracts rely on a certain inner solidarity as well as reciprocity and correlation of obligations, to preserve their respective rights. They also could perceive arbitration as a means to avoid that their contracts succumb to the grips of an official world where they would be perceived with disapproving eyes out of missionary moralism or hypocrisy*”, A. Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 324; Y. Dezalay y B. Garth,

No debemos olvidar el marco del Derecho internacional, en el que muchos han sido los Acuerdos y Convenciones suscritas en contra de la corrupción y que obligatoriamente debe aplicarse al arbitraje comercial y de inversión. Por lo tanto, en la medida que la aplicación de dicha ley lucha contra la corrupción, requiere que los tribunales traten de *propio motu* tan pronto como ciertos hechos corruptos emerjan ante ellos y cuestionen si las inversiones fueron obtenidas mediante prácticas ilícitas.

De hecho, incluso al margen de las normas internacionales contra la corrupción en sí, algún sector ha argumentado que el propio tribunal tiene la obligación de investigar un problema potencial de oficio como es la corrupción, sobre todo para garantizar la posterior ejecución de su laudo<sup>371</sup>.

No obstante lo anterior, todavía existen tribunales que prefieren permitir que el procedimiento penal sobre un posible caso de corrupción paralelo a su arbitraje, continúe su curso, sin interferir o afectar en sus decisiones o indagaciones sin dar si quiera una razón convincente. Tal y como podemos constatar en el caso *Micula c. Rumanía*<sup>372</sup> en el que una de las partes alegó que la otra, había obtenido su nacionalidad sueca mediante fraude o error material a lo que el tribunal respondió:

*“Respondent has presented only limited evidence, none of which is sufficient to make the necessary showing”; it is also observed ‘The record does not include any elements which should lead the tribunal to investigate facts that are not before it. Nor do Respondent’s allegations of facts lead to the need for opening a fact-finding procedure. Given the factual evidence pre-*

---

*Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1996, pp. 245-246.

<sup>371</sup> M. Hwang y K. Lim, “Corruption in Arbitration—Law and Reality”, *loc. cit.*, pp. 14–22.

<sup>372</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/20

*sented by Respondent, the tribunal, in its letter of 11 July 2008, directed Respondent how to proceed in the event that Respondent believed that it needed additional supplemental documentary production—an option that Respondent chose not to pursue. (vid. prr. 95)”*

## 2. *Quiborax c. Bolivia*

Un ejemplo clarificados sobre este tipo de excepciones que se aleja de la regla de la necesidad de que exista una sentencia firme emitida por un tribunal judicial competente en materia de corrupción sería el caso *Quiborax c. Bolivia*<sup>373</sup> en el que en febrero de 2010, el Centro de Arreglo y Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) emitió su decisión sobre la solicitud de medidas provisionales solicitadas en la demanda interpuesta por la demandante *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún* contra el Estado Plurinacional de Bolivia<sup>374</sup>. El tribunal decidió que la demandada debería suspender cualquier proceso penal iniciado contra la demandante, o que se pretenda iniciar en el futuro y que estuviera directamente relacionado con ese arbitraje hasta que el mismo termine o se reconsidere la decisión arbitral.

Sumariamente, los hechos alegados por las partes, fueron los siguientes: *Non Metallic Minerals S.A.* (en adelante *NMM* o la co-demandante) adquirió once concesiones mineras en Bolivia (“Concesiones Bolivianas”), de la que la empresa chilena “*Química e Industrial del Bórax Ltda.*” (en adelante *Quiborax*), creada en 1986, operaba en Bolivia desde el 2001, en el área del Río Grande en el Salar de Uyuni, a través de *Non Metallic Minerals*, junto con *Allan Fosc*, ambos de nacionalidad chilena, y según afirmaron, titulares de un 51% de *NMM* en las concesiones. Dicha concesión les fue revocada mediante Decreto Supremo Presidencial en junio de 2004, según los demandantes, como medida confiscatoria por unas supuestas violaciones a la legislación boliviana. Los demandantes,

---

<sup>373</sup> *Quiborax c. Bolivia*, caso CIADI No. ARB/06/2. Fecha 26 de febrero de 2010.

<sup>374</sup> Disponible en <http://ita.law.uvic.ca/>.



también sostuvieron que dicho Decreto fue aplicado de forma incorrecta ya que las facultades de revocación de concesiones por parte del Poder Ejecutivo había expirado el 9 de febrero de 2004 por lo que la revocación fue ilegal conforme a la legislación boliviana y una violación de los derechos adquiridos como inversionistas extranjero en Bolivia conforme al Acuerdo entre la República de Bolivia y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el “APPRI”).

Tras la realización de consultas amistosas, exigidas en el art. X del APPRI y la falta de resolución a las controversias suscitadas, el 4 de octubre de 2005 los codemandantes, realizaron una solicitud de arbitraje ante el CIADI.

Los demandantes fundamentaron su demanda en las disposiciones del APPRI celebrado el 22 de septiembre de 1994 en la ciudad de la Paz, solicitando que el tribunal declarase que había existido una violación por parte de la demandada del art. (i) VI, por haber sido privados de las inversiones que estaban llevando a cabo en Bolivia, el art. (ii) IV, al no haberles otorgado un trato justo y equitativo y el art. (iii) III del APPRI por no haber protegido sus inversiones en Bolivia, sometiéndolos a una serie de medidas injustificadas y discriminatorias.

Los demandantes solicitaron en su demandada una suma por los daños que sufrieron como consecuencia de dichas violaciones, así como los intereses, más las costas del arbitraje y todo los demás gastos en los que pudiera haber incurrido la demandada por los referidos actos ilegales.

Tras la solicitud de consultas amistosas, Bolivia creó una comisión interministerial para poder evaluar las pretensiones de los demandantes. Las conclusiones a las que llegaron dicha comisión fueron recogidas en un memorándum<sup>375</sup> y fueron las siguientes: Que existían indicios de fraude o corrupción, por vicios en la tramitación de las concesiones y que la empresa NMM había sido condenada al pago de 1.200.000 dólares americanos en concepto de im-

---

<sup>375</sup> Vid. Memo de 28 de octubre de 2004 (Anexo CPM-5), pág. 11.

puestos y multas, como consecuencia de diferentes investigaciones tributarias. De hecho, diez meses más tarde, Bolivia emprendió acciones penales contra varias de los codemandantes del procedimiento arbitral, entre ellos Allan Fosc.

Estas conclusiones provocaron que la Superintendencia de Minas de Bolivia en octubre de 2004 anulase las concesiones que ya habían sido anteriormente revocadas, así como la posterior realización de una inspección societaria de NMM en enero de 2005 para poder determinar si los accionistas de dicha empresa eran efectivamente de nacionalidad chilena o Boliviana y de esta manera poder alegar en su contestación a la demanda ante el tribunal del CIADI, la falta de jurisdicción del mismo. Como el propio Convenio exige, en su art. 25, únicamente quedan al amparo del APPRI, las inversiones realizadas entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someterse al CIADI<sup>376</sup>. Este requisito ha sido esencial en otras ocasiones, para enjuiciar si el tribunal tenía o no jurisdicción sobre el caso, tal y como ya hizo en el caso *Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Argentina* (caso No. ARB/98/2) en el que tribunal concluyó que sí tenía jurisdicción porque en el momento de prestar el consentimiento las partes de someterse al arbitraje CIADI, el Estado contratante no poseía la misma nacionalidad del Estado contratado por lo tanto no declinó su jurisdicción. La inspección solicitada por el Ministerio de Relaciones Exteriores concluyó que la inversión quedaba al amparo del APPRI, aunque la documentación societaria mostraba algunas irregularidades e indicios de fraude.

En el proceso penal (que se identificó como Caso No. 9394/08), iniciado por los demandados, fueron imputados los codemandantes

---

<sup>376</sup> Vid. C. H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp.451 y 452; A. Broches, *Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment, The Art Of Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1982, pp.63, 67; C.F. Amerasinghe, "Jurisdiction Ratione Personae Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Others States", *British Yearb. Int'L L.*, vol. 47, 1974-1975, pp. 227.

por falsificación en escritura pública, documentos empresariales, participación en los delitos de falsedad ideológica y uso e instrumento falsificado para conseguir la concesión del Estado Boliviano. Bolivia argumentó que sin la falsificación del acta de la junta de accionistas de NMM, ésta nunca habría podido beneficiarse del APPRI ni habría podido haber adjudicarse la de la licitación de minera. Ya que la empresa de un lado, habría carecido del requisito de poseer una nacionalidad extranjera y de otro tampoco habría reunido los requisitos económicos y estructurales exigidos en el pliego de licitación.

En marzo de 2009 se imputó en dicho procedimiento penal a Sr. David Moscoso, codemandante del arbitraje, y tras su comparecencia ante el juez, éste le notificó que podría quedar en libertad tras depositar una fianza. El Sr. Moscoso pidió el dinero para pagar dicha fianza al Sr. Allan Fosc, codemandante también de este arbitraje, en virtud de los “acuerdos de caballeros” a los que habría llegado el primero con el padre del segundo, según el cual, habría aceptado pagar todos los gastos relacionados con el arbitraje. Si el Sr. Fosc se negase a consignar dicha fianza, el Sr. Moscoso le notificó que emprendería otras acciones legales para poder conseguir su libertad. Ante la negativa de proporcionarle los fondos para la fianza, el Sr. Moscoso solicitó negociaciones para poder acceder a un proceso abreviado<sup>377</sup>. En la audiencia de este procedimiento, confesó su participación en la falsificación del acta de la junta de accionistas causando un perjuicio al Estado de Bolivia al permitir a Quiborax iniciar el arbitraje en contra de Bolivia. Como resultado de esta confesión, el Sr. Moscoso fue condenado a dos años de prisión, aunque inmediatamente, se le otorgó el perdón judicial en debido a la falta de antecedentes penales.

Mientras se estaba realizando el procedimiento contra D. David Moscoso, el Ministro de Defensa Legal del Estado y la Ministra de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción presenta-

---

<sup>377</sup> Resolución No. 01/2009 del 11 de agosto de 2009, Requerimiento conclusivo, solicitud de día y hora de la audiencia de consideración de procedimiento abreviado y otros.

ron una denuncia de prevaricación contra la jueza Margot Pérez por no haber admitido la solicitud de una serie de medidas penales presentadas por el Estado de Bolivia en la que se solicitó entre otras cosas, la detención preventiva del Sr. Moscoso.

En este sentido, el Ministerio de Transparencia legal Institucional y Lucha contra la Corrupción fue creado por mandato constitucional, tras el Referéndum de aprobación de la Constitución Política del Estado (CPE) de Bolivia, tiene entre otros el cometido de fomentar y adoptar medidas sobre transparencia en la gestión pública, acceso a la información, retroactividad de leyes penales de investigación y sanción de actos de corrupción, imprescriptibilidad de los delitos de corrupción pública, acceso a la información, control social y rendición pública de cuentas en la gestión pública, recuperación de activos y ética pública<sup>378</sup>. Y dentro de su ámbito de acción y atendiendo a los nuevos conceptos de corrupción admitidos por la Ley Anticorrupción, Marcelo Quiroga Santa Cruz, que incorpora cinco nuevos conceptos de delitos de corrupción, como, obstrucción a la justicia, enriquecimiento ilícito, soborno transnacional, uso indebido de bienes y servicios públicos, favorecimiento a los delitos de obstrucción a la justicia y enriquecimiento ilícito está legitimado para poder denunciar y enjuiciar a cualquier funcionario público, en este caso la jueza Margot Pérez, así como a cualquier persona física o jurídica del ámbito privado por realizar cualquiera de las conductas citadas anteriormente. Así y atendiendo al concepto de funcionario público dado por la Convención Contra la Corrupción de Naciones Unidas<sup>379</sup> y en la misma línea la definición

---

<sup>378</sup> [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_blv\\_cambios.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_blv_cambios.pdf)

<sup>379</sup> Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Con-

aportada por la Convención Interamericana Contra la Corrupción, la jueza Margot Pérez estaría comprendida en el concepto de funcionaria pública y según el Ministro de Defensa Legal del Estado y la Ministra de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción, habría incurrido en una demora injustificada en el procedimiento y su conducta fue totalmente contraria a los intereses del Estado y provocó un perjuicio y dilación en el arbitraje internacional.

Ante todas estas acciones legales, llevadas a cabo por la demandada, los co-demandantes solicitaron ante el tribunal del CIADI, Medidas Provisionales contra el Estado de Bolivia para que se suspendieran todas las acciones penales iniciadas contra los demandantes, y como argumentación para dicha solicitud, los demandantes expusieron los siguientes motivos:

a) Que el mencionado proceso penal, tenía como estrategia legal la defensa de Bolivia, con el fin de evitar el arbitraje internacional y de esta manera, poder negar la condición de inversionista extranjeros a los demandantes conforme al APPRI, manipular y fabricar pruebas que sustentasen la estrategia de defensa de Bolivia y por último, provocar que los demandantes ante la coacción de verse inmerso en un procedimiento penal, renunciasen a sus pretensiones en el procedimiento arbitral iniciado.

b) Que este no es un caso único, ya que este Estado ha iniciado en el pasado esta misma estrategia, iniciando acciones penales contra los demandantes y personas relacionadas con ellos.

c) Los demandantes solicitan que no se permita a los Estados parte en un arbitraje internacional actuar contrariamente a los principios y reglas del CIADI y consecuentemente, permitir así que este disponga de un instrumento para coaccionar y evitar los procesos arbitrales.

---

vención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

Según alegaron los demandantes, la solicitud de Medidas Provisionales, tenía su fundamento jurídico en el art. 47 del Convenio del CIADI, ya que el proceso penal iniciado contra ellos, perjudicaban una serie de derechos esenciales para ellos como era la preservación del *status quo*, el agravamiento de la controversia y la falta de su derecho a mantener la integridad procesal del proceso arbitral.

En cuanto a los requisitos esenciales para la solicitud de medidas provisionales, que sean urgentes y necesarias para la protección de los derechos invocados, los demandantes alegaron que en su solicitud quedaban verificados ambos.

La urgencia de las medidas provisionales quedaba perfectamente comprobada por la condena de D. David Moscoso y que la dilación del arbitraje solo podría haber ocasionado daños irreparables a los demandantes. Daños, por otro lado que no podrían ser reparados ni resarcidos mediante una indemnización posterior de los mismos, mientras que los demandados, no sufrirían ningún daño por suspender el proceso penal.

En cuanto al requisito de la necesidad, los demandantes alegaron que el tribunal debería considerar la proporcionalidad que podría existir entre las medidas provisionales solicitadas y los daños que una posible denegación por parte del tribunal podría haber provocado en los demandantes, daños que ya estaban sufriendo como consecuencia de las actuaciones que había llevado a cabo Bolivia.

Por su parte, los demandados argumentaron que la suspensión del proceso penal, como medida cautelar para la protección del arbitraje internacional, era de todo punto innecesaria, ya que dicho proceso fue iniciado con justificación tanto fáctica como jurídica y éste fue iniciado en el ejercicio legítimo de las facultades que el Estado tiene como soberano para poder exigir el cumplimiento de su propia legislación y por lo tanto, hacer respetar las leyes penales vigentes en su país.

Asimismo, los demandantes afirmaron que la controversia del arbitraje internacional únicamente se centraba en establecer si los codemandantes tenían derecho o no a una indemnización monetaria

como reparación por la revocación y posterior anulación de las concesiones mineras. Sin embargo el procedimiento criminal instado contra los demandantes se relacionó con delitos de “alteración y falsificación de documentos, el uso de dicho documento falsificado e incumplimiento de deberes por parte de funcionarios públicos”.

En relación a la preservación del derecho del status quo y a evitar el agravamiento de la controversia, la demandada señaló que los demandantes no demostraron en medida alguna que el proceso penal pudiera alterar el estatus quo de la controversia ni que este pudiera causar un daño irreparable en los derechos controvertido. Además dicho proceso debería considerarse paralelo ni relacionado con los del arbitraje ante el CIADI ya que el primero tenía como objeto la imposición de sanciones penales por la comisión de posibles delitos mientras que el segundo la protección que fue invocada y la indemnización solicitada. Por lo que los requisitos de urgencia y necesidad que fueron argumentados por la demandante no existían y consecuentemente las medidas solicitadas carecían de sentido.

Expuestos los argumentos por las partes del conflicto, el tribunal analizó y concluyó que según el art. 47 del Convenio CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que él era competente para adoptar medidas provisionales a fin de proteger los intereses de cualquiera de las partes y en estas medidas podría adoptarlas en cualquier momento del proceso arbitral.

105. Las normas relevantes se encuentran en el Artículo 47 del Convenio del CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, las que generalmente se entiende que otorgan amplia discreción al tribunal Arbitral en materia de medidas provisionales.

106. El Artículo 47 del Convenio del CIADI establece:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.

107. La Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI (vigentes al 1 de enero del 2003) establece en sus partes pertinentes lo siguiente:

(1) En cualquier etapa del procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

El tribunal coincidió con la opinión vertida por los demandantes al considerar que los derechos preservados mediante medidas provisionales serían todos aquellos que quedasen dentro de la controversia y además se extenderían a los del proceso penal ya que éste se inició como consecuencia del inicio del propio arbitraje.

120. A pesar de que el objeto del proceso penal es la persecución de delitos de falsedad ideológica, uso de instrumento falsificado, estafa, destrucción de cosas propias para defraudar e incumplimiento de deberes, la acusación fáctica subyacente es que el acta de fecha 13 de septiembre de 2001 de NMM se falsificó para probar la afirmación de los Demandantes de que eran accionistas de NMM al momento en que se originó la controversia presentada ante este tribunal, lo que les habría permitido acceder al arbitraje ante el CIADI en virtud del TBI entre Chile y Bolivia. Se ha reconocido expresamente que dicho acceso al arbitraje ante el CIADI constituye el perjuicio causado a Bolivia que se requiere como uno de los elementos constitutivos del tipo penal de los delitos imputados. Por lo tanto, el proceso penal está relacionado con este arbitraje debido a que tanto el presunto ilícito como el presunto perjuicio se encuentran estrechamente vinculados con la calidad de inversionistas de los Demandantes en el arbitraje ante el CIADI.

El tribunal recordó su derecho a la exclusividad de los procesos ante su jurisdicción y que este podría ser protegido a través de medidas cautelares, tal y como ya en su momento lo expresó en el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania*.

Entre los derechos que pueden protegerse con medidas provisionales se encuentra el derecho garantizado por el Artículo 26 a que el arbitraje CIADI sea el único recurso para resolver la controversia, con exclusión de cualquier otro remedio, ya sea nacional o internacional, judicial o administrativo.

Sobre el derecho a la integridad procesal del proceso arbitral el tribunal manifestó su conformidad con las alegaciones aportadas



por la demandante respecto a la disponibilidad y la integridad de las pruebas al haber sido secuestrados algunos de sus recursos probatorios tanto documentales como testificales. Aunque el tribunal hizo hincapié en el total respeto que le merecía el derecho penal boliviano, igualmente consideró preocupante que el Sr. Moscoso no confesara hasta que constató que su fianza no iba a ser abonada por ninguno de sus socios. Y por otro lado también le resultó alarmante al tribunal que dicha fianza fuera denegada por la jueza Margot Pérez y que la misma no fuera fijada hasta que fue denunciada y recusada por el Ministerio de Transparencia legal Institucional y Lucha contra la Corrupción.

La supuesta falta de imparcialidad imputada a la jueza Margot Pérez tuvo como consecuencia que ésta fuera apartada del caso penal y fuera acusada de prevaricación por dicho Ministerio cuyo principal objetivo era y es el de la lucha contra la corrupción.

El tribunal dictaminó que existía una amenaza sobre el proceso arbitral y consecuentemente, estimó que existía el requisito de urgencia para poder imponer medidas cautelares y de este modo poder preservar y proteger ese arbitraje internacional.

El tribunal concuerda con los Demandantes en cuanto a que si las medidas tienen por objeto proteger la integridad procesal del arbitraje, en especial respecto del acceso a las pruebas o su integridad, son urgentes por definición. En efecto, la pregunta de si una Parte tiene la oportunidad de presentar su caso o puede apoyarse en la integridad de pruebas determinadas es una cuestión esencial para (y por tanto no puede esperar a) la emisión del laudo sobre el fondo.

Y la necesidad de las mismas para evitar que el proceso penal pusiera en peligro el arbitraje y le pudiera causar daños irreparables.

154. El tribunal ha determinado que el proceso penal pone en peligro la integridad procesal del proceso ante el CIADI, y que las medidas provisionales son urgentes. A continuación el tribunal pasará a analizar si medidas provisionales tales como las solicitadas por los Demandantes son necesarias.

156. El tribunal considera que un daño irreparable es un daño que no es resarcible mediante una indemnización. Este principio ha sido adoptado por varios tribunales del CIADI y se encuentra plasmado en el Artículo 17A de la Ley Modelo CNUDMI163. Dicho artículo dispone que el solicitante de las medidas deba convencer al tribunal arbitral de que:

De no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada.

Una vez expuestos los razonamientos del tribunal arbitral, éste decidió que la demandada, el Estado de Bolivia debería suspender el proceso penal incoado contra los co-demandantes y abstenerse de iniciar cualquier otro que pudiera lesionar ese procedimiento arbitral.

1. La Demandada deberá tomar todas las medidas necesarias para suspender el proceso penal identificado como Caso No. 9394/08 iniciado contra Allan Fosc, David Moscoso, Fernando Rojas, María del Carmen Ballivián, Daniel Gottschalk, Dolly Teresa Paredes de Linares, Gilka Salas Orozco, María Mónica Lorena Fernández Salinas, Yury Alegorio Espinoza Zalles, Tatiana Giovanna Terán de Velasco y Ernesto Ossio Aramayo, y cualquier otro proceso penal directamente relacionado con este arbitraje, hasta que haya concluido este arbitraje o hasta que se reconsidere esta decisión, ya sea a instancia de alguna de las Partes o por iniciativa propia del tribunal.

2. La Demandada deberá abstenerse de iniciar cualquier otro proceso penal directamente relacionado con este arbitraje o tomar cualquier otra acción que pueda poner en riesgo la integridad procesal de este arbitraje.

Este laudo sobre medidas cautelares se aleja mucho de la línea jurisprudencial a la que nos tiene acostumbrados los tribunales del CIADI. Podemos analizar estos últimos diez años, y concluir que hasta ahora, el tribunal había evitado en la medida de lo posible, interferir en la labor realizada por cualquier órgano judicial de un Estado. De hecho, ha esperado a que éste dicte sentencia firme, para aceptar la alegación de fraude o corrupción hecha por cualquiera de las partes sobre un asunto que se esté suscitando ante él, así quedó constatado en el caso *TSA Spectrum De Argentina S.A. /La*

*República Argentina*, CIADI Caso No. ARB/05/5. En el que el tribunal no admitió la excepción presentada contra la demandante por los delitos de corrupción y cohecho.

El tribunal de arbitraje observó que las investigaciones sobre los delitos en relación con la Concesión adjudicada a TSA se iniciaron en la Argentina. Dicho procedimiento se está llevando a cabo, pero aún no ha terminado. Dos personas asociadas con TSA –Neuss y D’Ancezune– fueron acusados por complicidad en el ejercicio indebido de cargo público, pero no se ha emitido sentencia, y la cuestión del cohecho todavía se está investigando.

“... Por otro lado, las investigaciones y los procedimientos iniciados en la Argentina todavía se están llevando a cabo.”

En esta misma línea de actuaciones, los tribunales del CIADI, han considerado que la acusación de fraude o corrupción es una acusación muy grave y debe ser probada de manera irrefutable por la parte que la alega así concluyó en el caso *African Holding Company Of America, Inc Et Société Africaine De Construction Au Congo S.A.R.L.* caso CIADI No ARB/05/21.

*“Le tribunal est disposé à considérer toute pratique de corruption comme une affaire très grave, mais exigerait une preuve irréfutable de cette pratique, telle que celles qui résulteraient de poursuites criminelles dans les pays où la corruption constitue une infraction pénale.”*

En el caso que nos ocupa, podemos identificar dos tipos de competencias del tribunal arbitral, uno el de resolver sobre la facultad que tiene para decidir sobre cuestiones litigiosas y la competencia ante él planteadas y otra, para resolver acerca del fondo del asunto.

Con respecto a la primera, y según el art. 41 del Convenio CIADI, el tribunal en reconocimiento del principio “*Kompetenz-Kompetenz*” tiene facultad para resolver sobre su propia competencia, y así lo hizo, sin embargo, cuando pasó a conocer sobre el fondo del asunto, y atendiendo a las pruebas presentadas por la demandada, entre ellas, la sentencia emitida por un tribunal boliviano

contra el Sr. David Moscoso por manipular y falsear documentos financieros societarios para poder adaptarse a los requisitos exigidos en las bases de la licitación y por la que éste fue condenado por dicho tribunal a dos años de cárcel, quizás el CIADI, debería haber considerado que esta era una prueba bastante contundente para considerar que la inversión se había realizado de forma fraudulenta y por lo tanto no fue realizada de conformidad con la legislación boliviana por lo cual éste debería haber declinado dictar medidas cautelares a favor de la demandante, como ya hizo en situaciones similares. Así en el caso *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, el tribunal estimó que la empresa Inceysa, al igual que la empresa NMM, falseó los estados financieros y la información contenida en su oferta de licitación para conseguir el contrato de licitación, lo que llevo al tribunal a declarar su falta de jurisdicción por concluir que al estar corrupto el contrato que dio lugar al consentimiento del arbitraje y dado que sin este no habría existido la relación contractual entre las partes.

103. El análisis de los argumentos y pruebas ofrecido por las partes, en sus actuaciones escritas y orales, permite a este tribunal resolver que los estados financieros presentados por Inceysa en su oferta en la Licitación no reflejaron la situación financiera real de la Demandante, toda vez que la información contenida en ellos no es la correcta.

160. Si bien el argumento de que la inversión de Inceysa no está protegida por el Acuerdo, por tratarse de una inversión que no fue realizada de conformidad con la legislación de El Salvador, pudiera identificarse como una defensa sustantiva relativa al fondo del asunto, dicha presunción es incorrecta. En efecto, si se determinar que la inversión no está protegida por el Acuerdo, se estaría reconociendo que el presupuesto necesario para que el tribunal de arbitraje asumiera válidamente su competencia no se cumplió. Por lo tanto, a fin de cuentas, se estaría resolviendo sobre la propia competencia del tribunal de arbitraje y no sobre las pretensiones indemnizatorias de la Demandante.

(...)

338. En este caso el tribunal de arbitraje ha analizado minuciosamente la forma incorrecta en que la Demandante procedió en lo referente a la Licitación Pública número 05/2000, para la Contratación de Servicios de Instalación, Administración y Operación de Plantas de Revisión Técnica Vehicular, en la cual se originaron las diferencial que ella pretendió re-

solver en este procedimiento arbitral. Mediante esa conducta indebida, logró que se le adjudicara esa licitación lo que, evidentemente, no hubiera sucedido si el MARN de El Salvador hubiera conocido la realidad de los hechos. A sabiendas de que habían procedido indebidamente en el trámite de la licitación dicha, inició este arbitraje en el que, de nuevo, ocultó hechos de enorme trascendencia para la resolución de este asunto.

Por todo lo anterior, y a la vista de las pruebas aportadas, concluyo que el tribunal quizás debería haberse abstenido de pedir a un tribunal de justicia de un Estado que suspenda un procedimiento que está siendo enjuiciado por el mismo. Así como de ordenarle que renuncie a iniciar cualquier otro procedimiento criminal que interfiera contra este arbitraje. Máxime cuando no debemos de olvidar que para cualquier ejecución de medidas cautelares, el tribunal arbitral necesitará del auxilio judicial para hacerlas efectivas.

Sin embargo se dictó la admisión a las Medidas Provisionales contra el Estado de Bolivia y consecuentemente a la solicitud de suspensión del procedimiento penal por fraude y corrupción contra los demandantes<sup>380</sup>.

Pese al caso anterior, en la mayoría de supuestos los tribunales admiten las alegaciones de corrupción e indagan en las pruebas<sup>381</sup> que les son presentadas y antes de admitir la existencia de este tipo de actividades ilegales, tal y como sucedió en el caso *Metal-Tech c. Uzbekistán* en el que la demandada llegó a demostrar que Metal-Tech había realizado pagos por valor de 4 millones de dólares ame-

---

<sup>380</sup> A.M. Sáez Crespo, “Admisión a las Medidas Provisionales contra el Estado de Bolivia y consecuentemente a la solicitud de suspensión del procedimiento penal por fraude y corrupción contra los demandantes (Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún/Estado Plurinacional del Bolivia, Caso CIADI N° ARB/06/2)”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 3, N° 3, 2010, págs. 811-820.

<sup>381</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* caso. CIADI n° ARB/03/29, Decisión sobre jurisdicción, 14 de noviembre de 2005.

ricos a funcionarios públicos y a un hermano del Primer Ministro de Uzbekistán<sup>382</sup>.

No podemos obviar los límites reales que tienen cualquier tribunal a la hora de investigar en los posibles supuestos de corrupción. Muchas veces se enfrentan a testimonios en los que los si los testigos admiten la comisión de los actos ilegales, tales como sobornos, son personas que se enfrentarán a cargos de corrupción. Lo cual hace muchas veces cuestionarse la veracidad de sus testimonios. Así podemos comprobar en el caso *F-W Oil c. Trinidad y Tobago* como los tribunales no son ajenos a este tipo de realidades y consecuencias en aquellas personas que testifican haber cometido un delito de corrupción.

*“The narrative portion of this Award also describes how these allegations were pursued in submissions and in evidence through the written and oral phases of the case, and describes the circumstances in which they were then ultimately withdrawn at the very end of the hearing, under pointed questioning from the tribunal itself as to whether there was any real evidence to sustain allegations of that breadth and gravity. The narrative portion of this Award equally shows how some part of the case on the Respondent’s side was based on generalized allegations of misconduct and dishonesty on the part of some of the leading personalities on the Claimant’s side which, though they may not have been of quite the same degree of gravity, were nevertheless capable of being seriously damaging to professional or commercial reputation. There is fortunately no need to recall the substance of any of these allegations here, in view of the way in which the case ultimately rested. The tribunal is simply obliged to note how substantial a part of the case as pleaded, as well as of the evidence led before it, revolved around these allegations before they were, in effect, abandoned by the Claimant, and not pursued by the Respondent”*.<sup>383</sup>

---

<sup>382</sup> *Metal-Tech c. Uzbekistán*, párrafos. 247–256.

<sup>383</sup> *F-W Oil Interests, Inc. c. La República de Trinidad y Tobago*, Caso CIADI No. ARB/01/14, de 3 de marzo 2006; Sobre esta limitación del tribunal Vid. M. Scherer, “Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral tribunals”, *Int’l Arb. L. Rev.*, vol. 5, nº 2, 2002, p. 29 “everyone familiar with international commercial arbitration concedes that the tools available for pre-hearing discovery are sharply limited”.

Los tribunales del CIADI a partir de estos hechos, y en virtud del art. 43 de su Reglamento, así como la CCI, optaron por el reforzamiento de su procedimiento, en especial los medios de prueba para poder alcanzar con una mayor certeza a la hora de emitir su laudo sobre supuestos de corrupción. Este endurecimiento de la prueba se pudo ver de manifiesto en el caso de la CCI No. 12732 de 2007<sup>384</sup>

---

<sup>384</sup> N.I. Ibrahim, “Proof of Corruption in International Commercial Arbitration: A Commentary on the ICC Award 12732 of February 2007”, *World Journal of Arbitration*, vol. 5, No. 17, 2013, pp. 801-830.

#### IV. Carga de la prueba, estándares de la prueba y banderas rojas.

##### 1. La carga de la prueba

La respuesta a la cuestión sobre cuál de las partes del proceso tiene que soportar la carga de la prueba de corrupción, ha sido relativamente sencilla, pese a cierta incertidumbre que pudiera haber existido por el conflicto de leyes aplicable.<sup>385</sup>

En términos generales en el Derecho internacional rige el principio “actori incumbit probatio” o “onus probando incumbit actori” por lo que quien alega los hechos tienen la obligación o “carga” de la prueba, en virtud del Convenio CIADI y en el marco del TLCAN ha primado esta regla como principio general de ley. Así lo ha expresado distintos tribunales en distintos casos cuyo denominador común fue la alegación de actos de corrupción, tales como *Metal-tech*, *Middle Esast*, *Soufraki* o más recientemente en *Flughafen Zürich A.G.*<sup>386</sup>

---

<sup>385</sup> G. Born, *II International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 1858 “Allocating the burden of proof arguably presents choice-of-law questions. In particular, tribunals must decide whether to apply the law of the arbitral seat (on the theory that the burden of proof is “procedural”), the law governing the underlying substantive issues, or some international standard. [...] The better view is that the tribunals should allocate the burden of proof in light of its assessment of the applicable substantive law and procedures adopted in the arbitration. In so doing, the tribunal need not apply the burden of proof rules of any specific jurisdiction, but can instead fashion specialized rules in light of the particular substantive issues and procedures at issue in a specific instance”.

<sup>386</sup> *Metal-Tech*, párrafo. 237; *Middle East*, párrafo. 89; *Soufraki*, párrafo. 58; *Flughafen Zürich A.G.* párrafo. 135



Por ello a priori el principio que prevalece es el de que cada parte tiene la carga de probar aquello de lo que acusen<sup>387</sup>.

En distintos casos, en los que el Estado receptor alegaba que el tribunal carecía de jurisdicción en base a que el contrato había sido realizado mediante sobornos o corrupción. La prueba recaía sobre el Estado que lo alegaba y si el inversor alegaba soborno o extorsión por parte de algún funcionario público del Estado de acogida de la inversión, la prueba recaía sobre el inversor. Luego nuevamente el tribunal vuelve a utilizar la máxima “actori incumbit probatio”<sup>388</sup>.

Sin embargo, ¿puede haber alguna justificación para apartarse de esta norma general cuando el delito que se pretende probar es el de corrupción y dado los límites que muchas veces encuentran los tribunales en el ámbito de la investigación y debido a las ingeniosas formas en las que enmascaran sus actividades corruptas los delincuentes?<sup>389</sup> Este es uno de los problemas más habituales en la práctica de demostrar la corrupción.<sup>390</sup> Algunos sectores han sugerido que los tribunales arbitrales deberían de hacer más fácil a las partes la posibilidad de demostrar la existencia de corrupción, mediante la

---

<sup>387</sup> D. V. Sandifer, *Evidence before International tribunals*, Virginia, University Press of Virginia, 1975, p. 127 “he burden of proof rests upon him who asserts the affirmative of a proposition that if not substantiated will result in a decision adverse to his contention”.

<sup>388</sup> *Vid.* Reglamento de Arbitraje UNCITRAL “Artículo 27 1. Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua [1984] ICJ Rep. 392, 437 (‘it is the litigant seeking to establish a fact who bears the burden of proving it’)

<sup>389</sup> C. Partasides, “Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 25 No. 1, 2010.

<sup>390</sup> M. A. Raouf, “How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues?” *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* vol. 24 No. 1 Rev-FILJ 100 (2009) pp. 106-107; A. T. Martin, “International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard”, *Transnational Dispute Management* vol.1, No. 2, mayo, 2004.

inversión de la carga de la prueba de la corrupción, es decir, la parte a la que se le alegue haber cometido un acto de corrupción debe demostrar su inocencia. En la actualidad no se sigue esta línea de carga de la prueba, pero no siempre ha sido así, en algunos casos “muy especiales y por razones de especial dificultad” el tribunal arbitral ha solicitado a la parte a la que se le acusaba de haber cometido corrupción, que esta demostrara su inocencia. Uno de los casos fue el de la CCI Caso No. 6497 (1994).

—*The [party alleging corruption] has the burden of proof... [Such party] may bring some relevant evidence for its allegations, without these elements being really conclusive. In such case, the arbitral tribunal may exceptionally request the other party to bring some counterevidence, if such task is possible and not too burdensome. If the other party does not bring such counter-evidence, the arbitral tribunal may conclude that the facts alleged are proven (Article 8 of the Swiss Civil Code). However, such change in the burden of proof is only to be made in special circumstances and for very good reasons.*||

Las razones de este planteamiento en la carga de la prueba se debe al hecho de que un tribunal arbitral carece de los poderes coercitivos de un tribunal para exigir la presentación de pruebas y por la dificultad que demuestran los casos de corrupción en ser probados.<sup>391</sup> Incluso en algunos supuestos quien alega la corrupción, a menudo, no puede mostrar evidencias documentales de manera directa.<sup>392</sup> En cuyo caso, la fuerza probatoria debe recaer sobre los “testimonios orales” que generalmente son manifestados por los propios autores de las actividades corruptas de las que se les imputa.

---

<sup>391</sup> K. Mills, “Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto”, *op cit.*, p. 295.

<sup>392</sup> M. Scherer, “Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral tribunals”, *op. cit.*, p.29

Existen otros supuestos en los que una de las partes utiliza la alegación de corrupción no para eludir la jurisdicción arbitral sino para defenderse de un trato injusto dado por la otra parte que ha pretendido que su contrato perviviera si admitía cometer actos de sobornos.

El caso *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, nos puede ilustrar alguna de estas dificultades encontradas por las partes que intentan demostrar una conducta corrupta en el arbitraje internacional. En EDF, un inversionista alegó que fue víctima de demandas de soborno realizadas por altos cargos, de la Administración rumana, en el parking del Hotel Hilton de Rumanía, y en otra ocasión en la residencia privada de un Secretario de Estado rumano. ¿Cómo se puede demostrar que ha existido dichas conversaciones en un aparcamiento público o en una sala o despacho? ¿Y cómo debe de evaluar dichas afirmaciones un tribunal arbitral?<sup>393</sup> El tribunal se mostró de acuerdo con el inversor pero no invirtió la carga de la prueba.

*“...corruption is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence”*.<sup>394</sup>

En realidad existen muy pocos casos en los que exista este desplazamiento o inversión de la carga de la prueba, tal y como hemos visto en el Caso *CCI No. 6497* anteriormente mencionado. Y ha quedado claro que únicamente se hace en “circunstancias especiales y por muy buenas razones.

*“...such change to the burden of proof is only to be made in special circumstances and for very good reasons”*.<sup>395</sup>

---

<sup>393</sup> C. Partasides, ‘Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real’, *op. cit.*, pp. 47 y 53.

<sup>394</sup> *EDF (Services) Limited c. Rumanía*. Caso CIADI No. ARB/05/13.

<sup>395</sup> Caso CCI No. 6497

En el arbitraje internacional de inversiones no ha habido ningún caso de invertir la carga de la prueba<sup>396</sup>. La sugerencia de la inversión de la prueba ha sido considerada por algún sector un acto incompatible con el “debido proceso” o un “proceso justo”<sup>397</sup>.

Pero cabría alguna posibilidad, debida a la naturaleza propia de la corrupción, que justificase ese desplazamiento de la carga de la prueba o replantearse el principio “actori incumbit probatio”? Algunos han llegado a plantear que dicho cambio constituiría una mejora en eficiencia de la lucha contra la corrupción dentro del arbitraje internacional<sup>398</sup>. Instituciones como el Banco Mundial utilizan el desplazamiento de la carga de la prueba en sus investigaciones sobre corrupción, y al igual que ocurre en los tribunales arbitrales, éstos carecen de poderes coercitivos<sup>399</sup>.

Lo cierto es que si analizamos los numerosos casos en los que se ha planteado la existencia de corrupción, en muy pocas ocasiones se ha podido demostrar, salvo en aquellas raras ocasiones en los que alguna de las partes habían admitido haber realizado un acto de soborno.<sup>400</sup> Por ello permitir el “status quo” existente sobre la carga

---

<sup>396</sup> Vid. M. Hwang y K. Lim, “Corruption in Arbitration —Law and Reality”, *loc. cit.*, p.14.

<sup>397</sup> A. Mourre, “Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator”, *Arb. Int'l*, 22 (1), 2006, pp. 95.

<sup>398</sup> C. Rose, “Questioning the Role of International Arbitration in the Fight Against Corruption” *J. Int'l Arb.* 31, 2014, p. 183: “... advocating the greater utilization of a number of solutions to perennial evidentiary problems in corruption; apart from identifying appropriate instances where the burden of proof should be shifted, drawing adverse inferences, placing greater reliance on circumstantial evidence, lowering the standard of proof, and drawing on factual findings in domestic proceedings are suggested”.

<sup>399</sup> Vid. directrices del Banco Mundial de la lucha contra la corrupción: World Bank, *Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants*, 15 October 2006, & it; <http://siteresources.worldbank.org/INTOFFEVASUS>

<sup>400</sup> Vid. caso *World Duty Free c Kenya* en el que el tribunal ante la declaración de una de las partes de haber admitido el pago de una serie de sobornos tuvo que concluir: “In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by

de la prueba es un flaco favor el que se le está haciendo a la lucha contra la corrupción. El carácter clandestino de las operaciones y la gran complejidad que adopta las estructuras de la corrupción internacional, requiere una franca admisión por la doctrina de que el tribunal con los medios de los que dispone necesita de mucho ingenio para poder dictaminar de manera clara ante la corrupción dentro de los márgenes legales.<sup>401</sup> Sin embargo, existe también aquellos casos en los que, ya hemos mencionado anteriormente, alguna de las partes alegan de la posible existencia de corrupción, únicamente con la intención de eludir la jurisdicción arbitral. Por ello, siempre será el tribunal en última instancia el único capaz a la luz de todas las evidencias presentadas quien tendrá que dictaminar caso por caso.

## 2. Estándares de la prueba

### A) Aspectos generales

La carga de la prueba identifica cuál de las partes tiene la obligación de probar una acusación realizada. Mientras que el estándar de la prueba se identifica con la cantidad (o el umbral), de prueba necesaria para establecer partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada. Hipótesis que se puede fundamentar sobre un hecho individual o el caso en su conjunto. Esta distinción se hizo evidente en el caso *Rompetrol*<sup>402</sup>, tal y como fue expresado por su tribunal.

---

*courts and arbitral tribunals, this tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral tribunal”.*

<sup>401</sup> Vid. M. Scherer, *Circumstantial Evidence*, op. cit., n. 15: “it is very rare that direct proof of corruption is available [...] most arbitral tribunals have to content themselves with circumstantial evidence”.

<sup>402</sup> *Rompetrol N.V c. Romanía*, Caso CIADI No. ARB/06/3

*“The tribunal believes that the distinction between the two can be stated quite simply: the burden of proof defines which party has to prove what, in order for its case to prevail; the standard of proof defines how much evidence is needed to establish either an individual issue or the party’s case as a whole.*

*As soon as the distinction is stated in that way, it becomes evident that the burden of proof is absolute, whereas the standard of proof is relative. By this the tribunal means (again, in simple terms) that if, according to basic principle, it is for the one party, or for the other, to establish a particular factual assertion, that will remain the position throughout the forensic process, starting from when the assertion is first put forward and all the way through to the end”*

Por ello debemos considerar que el estándar de la prueba es “relativa” ya que dicho “umbral” o estándar no tiene por qué ser el mismo en todos los ámbitos y materias:

*“... whether a proposition has in fact been proved by the party which bears the burden of proving it depends not just on its own evidence but on the overall assessment of the accumulated evidence put forward by one or both parties, for the proposition or against it ”<sup>403</sup>*

Por lo que, la carga de la prueba se refiere a quién debe demostrar una afirmación en particular, mientras que el estándar de la prueba se refiere a si las pruebas recabadas ante el tribunal son suficientes para probar dicha afirmación.

En la legislación nacional, la norma aplicable al estándar de la prueba varía entre los dos sistemas de derecho existentes, de un lado Derecho anglosajón, “common law” y el Derecho continental, Civil law. En términos generales, la regla general de estándar de prueba en el Derecho anglosajón es el de “balance of probabilities”, mientras que en el Derecho continental es el “inner conviction” del

---

<sup>403</sup> *Rompetrol*, pfo. 178.

juez.<sup>404</sup> El arbitraje internacional ha optado muy a menudo en el pasado por utilizar el estándar del “balance of probabilities”, para establecer que un hecho ha quedado suficientemente probado. Sin embargo, cuando las acusaciones que se revierten sobre la otra parte, son acusaciones de índole penal-criminal, parece ser que ese estándar de prueba no es suficiente para los tribunales.<sup>405</sup>

Cuando se denuncian graves irregularidades sobre la otra parte, el estándar de prueba “balance of probabilities” adoptado en los procesos civiles del Common law no es suficiente. Para acusaciones de ilícitos penales es necesario optar por un estándar de prueba mucho más elevado.<sup>406</sup> Este estándar de la prueba “claro y convincente” proviene de la legislación estadounidense.<sup>407</sup> Sin embargo

<sup>404</sup> A. Reiner, “Burden and General Standards of Proof”, *Arb. Int'l* 10(3) 1994, pp. 325,335; W. Fox, “Adjudicating Bribery and Corruption Issues in International Commercial Arbitration”, *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol 27 No. 3, 2009, p.498. Mientras que ‘Inner conviction’ como estándar de la prueba fue aplicado en varios casos entre otros: *Vid.* el Caso CCI No. 7047: “a tribunal ‘must be convinced that there is indeed a case of bribery’”; el Caso CCI No. 4145: “*the Defendant’s accusation is not supported by direct evidence or even circumstantial evidence to be retained as convincing*”.

<sup>405</sup> A. Redfern, J. Martin Hunter, N. Blackaby y C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 237.: “*The degree of proof that must be achieved in practice before an international arbitral tribunal is not capable of precise definition, but it may be safely assumed that it is close to the “balance of probability”. The balance of probabilities standard is ‘a reasonable degree of probability, but not so high as is required in a criminal case. If the evidence is such that the tribunal can say: “We think it more probable than not,” the burden is discharged but, if the probabilities are equal, it is not.*” *Vid.* caso *Miller c. Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372 “*Denning J summarized requirements for the standard of proof to convict the accused in a criminal case*”.

<sup>406</sup> A. Reiner, ‘Burden and General Standards of Proof’, *op. cit.*, p. 336: “the Anglo-Saxon and the continental systems require higher standards of proof for particularly important or delicate questions such as bribery or other types of fraud”.

<sup>407</sup> El profesor Wigmore proporciona una actualización autorizada de lo que debe ser entendido como estándar: “in several civil actions a different phrase has been adopted to signify a stronger persuasion [...] the phrase, viz.,

los tribunales han dado un paso más y han exigido que el estándar de prueba sea “elevado”. Casos recientes en el ámbito del Derecho inglés han puesto en duda si el estándar generalmente utilizado para probar una conducta antijurídica grave es el más adecuado. En el caso *In re B*<sup>408</sup> la Cámara de los Lores convinieron que existen algunos procedimientos, aunque civiles en forma, por su naturaleza es más conveniente aplicar el estándar del proceso penal, concretamente cuando las consecuencias de un hallazgo son de naturaleza penal.

*‘... there are some proceedings, though civil in form, whose nature is such that it is appropriate to apply the criminal standard of proof’, such as when the consequences of a finding are penal in nature*”<sup>409</sup>

Los dos tipos de estándares de prueba, tanto el estándar de prueba ordinaria, como la elevada, han encontrado su camino en la jurisprudencias del arbitraje comercial y en el de inversión para dictaminar sobre acciones indebidas de una de las dos partes que comparecen ante un tribunal arbitral internacional. Así en el caso *Siag c. Egipto*<sup>410</sup> en los párrafos 325 y 326 podemos constatar como las partes solicitaron el modelo inglés de estándar de prueba o incluso el americano y finalmente el estándar elegido por el tribunal fue el de un “elevado nivel o estándar de prueba”

---

“clear and convincing proof” [...] such a test is in many or most States used for an issue involving fraud.” Ver J. H. Wigmore, *A Student's Textbook of the Law of Evidence*, The Foundation Press, Inc, p. 446.

<sup>408</sup> *In re B (Children)(FC)*, UKHL 35 (2008), pfo. 13.

<sup>409</sup> *Ibíd.*, pfo. 69. En este mismo sentido ver las conclusiones realizadas por Lord Denning, en *Bater c. Bater* (1951) en los que afirma que los casos civiles deben regirse por la preponderancia de la probabilidad, pero dentro de ese estándar también pueden existir ciertos grados de probabilidad. El grado depende en sí del aspecto que se esté tratando dentro de la materia. Un tribunal de lo civil que considere un cargo de fraude, requerirá un mayor grado de probabilidad que el normalmente establecido”

<sup>410</sup> *Waguilh Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. La República de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15.



*“It is common in most legal systems for serious allegations such as fraud to be held to a high standard of proof. The same can be said in international proceedings... The tribunal accepts that the applicable standard of proof is greater than the balance of probabilities but less than beyond reasonable doubt. The term favoured by the Claimants is “clear and convincing evidence.” The tribunal agrees with that test.”*

*“The standard suggested by the Claimants was the American standard of “clear and convincing evidence,” that being somewhere between the traditional civil standard of “preponderance of the evidence” (otherwise known as the “balance of probabilities”), and the criminal standard of “beyond reasonable doubt.”*

*326. The tribunal accepts the Claimants’ submission. It is common in most legal systems for serious allegations such as fraud to be held to a high standard of proof.”*

Mientras que el tribunal del caso *Rompetrol c. Rumanía* en su párrafo 180-183, podemos observar que finalmente optó por el utilizado en el Derecho inglés “balance of probabilities”

*“... applying the ‘normal rule of “balance of probabilities” as the standard appropriate to the generality of the factual issues before it’, while also ‘where necessary adopt[ing] a more nuanced approach’ when deciding ‘whether an allegation of seriously wrongful conduct...has been proved on the basis of the entire body of direct and indirect evidence before it.’*

La lógica explicación a esta disparidad de aplicación de estándares de prueba lo encontremos en que un tribunal arbitral es el reflejo de las diferentes tradiciones jurídicas que lo conforma. No debemos olvidar que intrínsecamente está formado por un conjunto de árbitros de distintos países con distintos sistemas de estándares de pruebas.

La línea jurisprudencial de los tribunales de arbitraje comercial internacional ha sido generalmente la de exigir unos altos estándares de prueba.<sup>411</sup>

### B) Caso *Hilmarton*

El caso *Hilmarton*<sup>412</sup> fue en su momento, uno de los casos de arbitraje internacional más polémicos. Existían dos laudos arbitrales que fueron impugnados en los tribunales de tres países diferentes.

En su primer laudo (1988): la demandante, *Société Hilmarton Ltd.*, una empresa británica, firmó un contrato con la demandada, *Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)*, una empresa francesa, para proporcionarle asesoramiento legal y fiscal, así como coordinación para obtener del Gobierno de Argel un contrato de construcción de drenaje de su ciudad.

Según se hizo constar en una de las cláusulas de dicho contrato, la demandada se comprometía a pagar el 4% del precio total del contrato que se obtuviera con la intervención de la demandante. Asimismo en otra cláusula se hacía constar que en caso de discrepancia, las partes se someterían a un arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que la ley sustantiva al contrato sería la suiza, y el lugar del arbitraje sería, Ginebra.

OTV obtuvo el contrato de construcción del Gobierno argelino, sin embargo, llegado el momento de pagar los honorarios de la demandante, a este tan sólo se le abonó el 50% de lo acordado en el Contrato, debido a que su trabajo fue deficiente, según alegó la demandada.

---

<sup>411</sup> Vid. el estudio realizado sobre los laudos CCI de A. Crivellaro, Crivellaro, "Arbitration case law on bribery: issues of arbitrability, contract validity, merits and evidence" en *Arbitration Money Laundering, Corruption and Fraud*, Kristine Karsten and Andrew Berkeley ed., Dossiers ICC Institute of World Business Law, Wolters Kluwer Law & Business, 2003, pp. 114-118.

<sup>412</sup> Caso CCI No. 5622 (1988) *Hilmarton c. OTV*

En el laudo de 1988 el árbitro señaló que aunque no existían pruebas escritas de que la demandante hubiera realizado de forma eficiente el desempeño de las prestaciones a las que se comprometió mediante contrato, ya que lo único que pudo comprobar ese tribunal es que, en base a la prueba testifical, la demandante, dedicó el 85 % de su tiempo en utilizar sus influencias en autoridades del Gobierno de Argelia para garantizar la elección de la licitación de la oferta realizada por OTV sobre las demás. OTV aceptó este comportamiento, admitiendo que en el periodo de tres años la demandante tan sólo le enviara un único documento sobre sus actividades, y de hecho realizó el pago del 50% de sus honorarios, por lo tanto entendió que OTV debería de pagar el resto. El juez concluyó que las alegaciones de tráfico de influencias y pago de sobornos, en base a las pruebas aportadas, no quedaron demostradas “fuera de toda duda”, por lo tanto, no existieron pruebas directas de dichas acusaciones, pero si hubieron pruebas indirectas que no demostraban la existencia inequívoca de pago de sobornos aunque si indirectamente de tráfico de influencias.

El Árbitro examinó el contrato a tenor de la ley suiza, dicha ley no condena el tráfico de influencias, pero consideraba ilegal el pago de sobornos, sin embargo, al no quedar demostrados los mismos, el contrato no quedó anulado y sin efectos. A continuación el Árbitro pasó a examinar la ley argelina, dicha ley prohíbe terminantemente el tráfico de influencias con el fin de garantizar la equidad, igualdad de todos los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. En base a esto el contrato, había infringido la ley argelina por lo que el Árbitro decidió que la ley argelina, establece principios generales que deben ser respetados por todos los ordenamientos jurídicos que deseen luchar contra la corrupción. Por este motivo, la violación de dicha ley atendiendo al Orden Público Internacional, constituye un acto contrario a la noción de moralidad basada en el Orden Público suizo. Por lo tanto, el contrato de corretaje, es nulo y sin efecto en su totalidad.

*“Law of Algeria lays down a general principle which must be respected by all legal systems wishing to fight corruption. This is why the violation of this Law, which concerns international public policy, is contrary to the no-*

*tion of morality based on ....Swiss public policy. Hence the brokerage contract is null and void in its entirety."*

Por último, el árbitro, examinó cuales eras las consecuencias jurídicas de un contrato declarado nulo, y de cómo podía repercutir dicha nulidad sobre la cláusula arbitral contenida en dicho contrato, para ello se refirió a laudos anteriores emitidos por los tribunales de la CCI, concretamente los casos No. 1110 y No. 3916. Considerando que en el primero fue encontrado el contrato y consecuentemente la cláusula arbitral nula, el juez Lagergren consideró que carecía de jurisdicción, por encontrar la disputa no arbitrable. En el segundo caso, el Árbitro consideró que tenía jurisdicción, aplicando el principio, hoy universalmente aceptado, de que la nulidad de una parte del contrato no implica ipso iure la nulidad de la cláusula arbitral y de hecho, en el presente caso, se atendió a la postura seguida en el segundo caso, por lo que jurisdicción del tribunal no quedó afectada por la nulidad del acuerdo.

*"In the first case, having found that the contract, and consequently the arbitral clause, was null and void, Lagergren held that he had no jurisdiction, finding that the dispute was not arbitrable. In the second case, the arbitrator held that he had jurisdiction by applying the principle, now universally accepted, that the nullity of the main contract does not imply ipso iure the nullity of the arbitral clause... In the present case, this second solution has consequently been followed by the arbitral tribunal. Also, its jurisdiction is not invalidated by the Protocol of Agreement being declared null and void."*

En su laudo de 1988 el juez declaró la nulidad del contrato por violar la ley argelina. Condena a la demandante al pago de las costas ocasionadas por el arbitraje y las suyas propias, Asimismo, condenó a la demandada a pagar las costas de su defensa y le deneegó a la misma su solicitud de indemnización por daños y perjuicios.

Emitido el laudo, la demandada, OTV, presenta el laudo en Francia para su reconocimiento y ejecución con el fin de que el contrato

fuera reconocido como nulo en el territorio francés y por su parte la demandante, Hilmarton impugnaba dicho laudo en territorio suizo.

En 1992, tras el nombramiento de un nuevo Árbitro, Hilmarton solicitó la anulación del primer laudo arbitral. El tribunal de Ginebra consideró “absolutamente escandaloso” que OTV, habiendo pagado aproximadamente la mitad de las cantidades adeudadas en virtud del contrato firmado, se negara a pagar la cantidad restante una vez hubo obtenido la licitación.

El tribunal no encontró suficientes pruebas que pusieran de manifiesto la existencia de actividades corruptas y por lo tanto se negó a admitir cualquier existencia de ilegalidad. Por ello el tribunal de Ginebra, con el apoyo del tribunal Federal suizo, anuló el primer laudo emitido por el tribunal de la CCI considerándolo de “arbitrario” (decisión bastante criticada, además debemos recordar que esta decisión tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la ley suiza de Derecho Internacional Privado), por considerar que la decisión del árbitro de anular el contrato “...constituía una violación evidente del derecho suizo...”

Durante el segundo arbitraje, el juez consideró que ninguna de las partes debía aportar nuevas pruebas de las ya presentadas en el proceso anterior, Asimismo, y dichas partes tampoco alegaron nuevos hechos en relación con el fondo del asunto.

El juez dictaminó lo anterior en base a los siguientes razonamientos:

*“In the case in question, the facts of the main issue have already been examined in detail by the first arbitrator, then by the Court of Justice of Geneva and the Swiss Supreme Court. Before the undersigned arbitrator, the Parties waived their right to submit new evidence. The procedure on the main issue is therefore so advanced that from the point of view of the procedural economy and the efficiency rule that characterizes the arbitration process, postponement of the decision on the merits to a later stage cannot be justified.”*

En primer lugar, el Árbitro, consideró que todos los hechos habían sido examinados en un arbitraje anterior y por los tribunales de Justicia de Ginebra, así como por el tribunal Supremo suizo y además, las propias partes las que rechazaron presentar nuevas pruebas, atendiendo al principio de economía procesal y a la de eficiencia, no admitió aplazamiento alguno para emitir su opinión sobre el fondo del asunto, ya que dicho aplazamiento no tendría justificación alguna.

En segundo lugar, el Árbitro manifestó que existía un conocimiento suficiente de todos los hechos y rechazó la solicitud de OTV para que le fuera concedida una nueva audiencia.

El Árbitro confirmó que Hilmarton, con el consentimiento de OTV, tenía como la misión de mantener contacto con funcionarios públicos con el fin de obtener un contrato público de construcción para la demandada. Que actuaron a sabiendas de que dichas actividades, eran contrarias a la ley argelina, las cuales prohibían la intervención de un mediador o intermediario para obtener contratos públicos. Si bien el Árbitro sostuvo que en ningún momento quedó suficientemente probado que existiera soborno o cualquier otra actividad de corrupción que hiciera sospechar que el contrato entre las partes fuera inmoral. Por lo que, el contrato debía ser considerado válido y exigible en todo momento, por ello condenó a OTV a pagar lo reclamado por Hilmarton.

El razonamiento arbitral fue que la violación de la ley argelina no chocaba con las buenas costumbres según el derecho suizo y que, por tanto, la decisión del árbitro de anular el contrato "...constituía una violación evidente del Derecho suizo..."

### C) El caso *Westinghouse*

En el caso *Westinghouse*<sup>413</sup>, el entonces presidente Ferdinand Marcos, hizo pública la necesidad de construir una planta de energía nuclear en su país, Filipinas, el organismo designado para gestionar dicha infraestructura fue la Corporación Nacional de Electricidad (National Power Corporation, en adelante, NPC), NPC fue la responsable de la licitación para gestionar la planificación y construcción de dicha planta. Dicha institución estuvo en todo momento bajo la directa supervisión del Presidente filipino.

En 1974, NPC suscribió un contrato de consultoría con Ebasco Overseas Corporation (Ebasco) con el fin de que este con sus amplios conocimientos sobre el diseño y construcción de plantas nucleares, asesorara a la NPC que requisitos deberían exigirse en los pliegos de licitación y posteriormente cuál de todos los candidatos presentados sería el más adecuado para obtener el premio.

Posteriormente al acuerdo firmado entre NPC y Ebasco, se suscribe un segundo acuerdo con Burns & Roe Enterprises, Inc. (Burns & Roe) una firma sobre consultas de ingeniería con sede en Estados Unidos.

En Junio de 1974, NPC otorgó un contrato para la construcción de la mencionada planta, a la empresa Westinghouse International Projects Company (Westinghouse), filial de una empresa de energía eléctrica norte americana.

Westinghouse y Burns & Roe contrataron como agente local a D. Herminio Disini (Disini), representante de ventas especiales. A su vez, Westinghouse, a través de Disini firmó un contrato con Herdis Management & Investment Corporation (Herdis) y Burns & Roe firmó un contrato, también a través del agente local con una empresa llamada, Technosphere Consultants Group, Inc. (Technosphere).

---

<sup>413</sup> Caso CCI No. 6401, *Westinghouse and Burns & Roe (USA) c. National Power Company y la República de Filipinas*, laudo de 19 de diciembre de 1991.

El Sr. Herminio Disini, tenía muy buenas relaciones personales con las altas esferas de la presidencia del país, por un lado, era amigo personal del Presidente Marcos y por otro, su esposa era prima hermana y médico personal de la esposa del Presidente, Dña. Imelda Marcos.

En virtud del acuerdo que existía con Technosphere, Burns & Roe se comprometió a pagar una comisión del 5% del valor del contrato, hasta 1 millón de dólares americanos. De hecho, Technosphere, recibió su porcentaje que le fue abonado por Burns & Roe, el montante final fue de 2,2 millones de dólares americanos. A su vez Westinghouse se comprometió con Herdis al pago de una comisión del 3% de la cantidad total que alcanzara el contrato de la planta de energía nuclear. Pero además, Westinghouse también llegó a comprometerse mediante contrato una empresa llamada Industrias de Asia a pagarle una comisión del 0,5% sobre el precio total de todos los productos fabricados para construir la central nuclear. En total, Westinghouse llegó a pagar un total de 17,2 millones de dólares americanos a Herdis y 2,9 a Industrias de Asia.

La construcción de la central nuclear comenzó en 1975 y se terminó en 1985, sin embargo, la central no llegó nunca a ponerse en funcionamiento, de hecho, la central nuclear nunca llegó a ponerse en funcionamiento, y según informes posteriores, se descubrió que el suelo sobre el que estaba edificada la central, era suelo sísmico, por lo que era inadecuado para ese tipo de construcción. En 1986, el régimen del hasta entonces Presidente Marcos, fue derrocado por un nuevo gobierno al que se encontraba como nueva Presidenta Corazón Aquino, cuya decisión en junio de 1986 fue la de clausurar de modo permanente dicha planta nuclear.

En consecuencia, el nuevo gobierno, decidió no completar los pagos debidos a Westinghouse en virtud del contrato de construcción, firmado entre ambas partes. Por lo que Westinghouse decidió iniciar un arbitraje ante la CCI reclamando las cantidades pendientes.

La demandada, alegó que la demandante había cometido fraude al entregar una construcción defectuosa e inservible.



Asimismo, también realizó una objeción a la jurisdicción del tribunal para conocer del asunto.

El tribunal no se refirió a las reclamaciones alegadas por las partes, sino que planteó las siguientes cuestiones en su Laudo preliminar:

*“Were the arbitration clauses relied upon by the Claimants obtained in such a manner as to render them invalid?”*

*· If the answer was in the negative, was the Republic of the Philippines bound by the arbitration clauses?*

*· Were the contracts obtained by the Claimants obtained in such a manner as to render them invalid?”*

Al realizar estas cuestiones el tribunal, los demandantes afirmaron que tanto Westinghouse como Burn & Roe, habían obtenidos sus respectivos contratos con NPC mediante sobornos a distintos cargos del Gobierno.

El siguiente tema que abordó el tribunal fue el de establecer si los demandados habían podido probar de forma clara y fehaciente la existencia de soborno, a lo que el tribunal respondió que no había quedado demostrado por lo que a continuación paso a determinar si tenía o no jurisdicción para conocer del tema y basándose en la doctrina de “Kompetenz-Kompetenz” la cual reconoce el poder del tribunal en determinar su propia competencia así como el Reglamento de la CCI y la legislación suiza, ese tribunal era competente y en base a la cuestión de la doctrina de la separabilidad según la cual, cuando en un contrato existe una cláusula de sumisión a arbitraje en caso de conflicto entre las partes, dicha cláusula queda separada e independiente de dicho acuerdo, por lo que consecuentemente, la cláusula sobrevivirá a la nulidad o invalidez del contrato.<sup>414</sup>

---

<sup>414</sup> J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, “Validez y eficacia del convenio arbitral internacional, en *Tratado de Derecho arbitral*, Colección Estu-

El tribunal estudió cual era la ley aplicable a los distintos contratos ya que en estos no se hacía mención alguna. El tribunal sostuvo que la ley que rige el contrato del lugar donde se realizan los negocios en el caso de Burns & Roe la del Estado de New Jersey (USA) y en el de Westinghouse el contrato de construcción debía de regirse por las leyes del lugar donde la empresa realizaba principalmente sus actividades empresariales y estas eran las del Estado de Pensilvania (USA).

El tribunal consideró la alegación de corrupción en cuanto a los estándares de la prueba se refiere bajo el prisma de las tres leyes de posible aplicación: la filipina y la de los Estados de New Jersey y Pensilvania. Las conclusiones a las que llegó el tribunal fueron las mismas al auspicio de cualquiera de dichas leyes. Que la alegación de corrupción debe quedar totalmente probada y para ello estimaron necesarios que quedaran claros los siguientes elementos:

a) Que la persona que entregara el soborno ya fuere dinero o cosa de valor al Presidente Marcos, tuviera intención de sobornarlo.

b) Que el receptor del soborno (el Presidente) hubiera aceptado directa o indirectamente (a través del Sr. Dinisi) dicho soborno a cambio de entregar un contrato a la parte que entrega el soborno.

Además el tribunal también aclaró que la carga de la prueba corría a cargo de quien había alegado la existencia de corrupción.

El tribunal concluyó que:

*“... the facts presented for both contracts. The following facts were determined with regards to the activities of Burns & Roe and its Consulting Contract:*

- *Burns & Roe used the term “bag person” in doing business in the Philippines.*

- *Burns & Roe conducted a due diligence on the candidates it considered for an SSR.*

---

dios, Tomo I: El convenio arbitral (2), Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez / Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá, 2011, pp. 745-786.

- *President Marcos personally instructed that the award to Ebasco be overturned and that a contract should be entered into with Burns & Roe and that Disini had supported it. However, the evidence established that these activities were prior to and independent of any contract with Burns & Roe.*

- *There were no facts that established that Burns & Roe ever intended to provide a payment to Marcos or that Marcos agreed to accept any payment from Burns & Roe through Disini.*

*The tribunal then considered the following facts with regards to Westinghouse and its Construction Contract:*

- *Westinghouse considered three people for their SSR. They conducted a due diligence and even contacted the U.S. Embassy in their inquiries.*

- *The Defendants claimed that Marcos had a financial interest in Herdis and shared in Westinghouse's payments to Disini. The tribunal found insufficient proof that Herdis was actually owned or controlled by Marcos or that Disini acted as an agent for Marcos.*

- *There was strong evidence that Westinghouse employees believed that there was a relationship between Disini and Marcos; however, it was not clear what they knew about its extent. The tribunal found that this evidence standing alone did not establish that Disini was a "front man" for Marcos' interests or that Herdis belonged to Marcos.*

- *There was no direct evidence that Marcos supported Westinghouse getting the Construction Contract because he expected to benefit from the SSR payments to Herdis. The evidence indicated that some Westinghouse employees thought that Marcos owned some of Herdis and that Marcos had documents in his possession that outlined the commissions Herdis was supposed to receive for the contracts. However, there was no evidence that Marcos received any share of those commissions. There was no evidence before the tribunal that showed any transfer from the accounts of Disini in which the Westinghouse commissions were deposited to any Marcos or Marcos-related account."*

El tribunal concluyó que la demandada no cumplió con la carga de la prueba de asegurar de manera clara y concluyente que Westinghouse o Burns & Roe hubieran realizado pagos con intención de sobornos. Sin embargo, existió un procedimiento paralelo en la Corte de los Estados Unidos de América, cuyo estándar de prueba fue menos exigente que la del tribunal arbitral, y si dictaminó que

habían existido sobornos por parte de la compañía Westinghouse al entonces presidente Ferdinand Marcos. De hecho, el tribunal Federal americano puntualizó, sin llegar a criticar, que los estándares de prueba adoptados por el tribunal arbitral fueron demasiado elevados.

En el caso CCI No. 6286 de 1991, los árbitros solicitaron que las pruebas debían evidenciar que las cantidades pagadas por el empresario “tenían la intención” de sobornar a funcionarios para obtener su influencia en la obtención de contratos. No se proporcionó dicha prueba con suficiente evidencia por lo que el tribunal no encontró existencia de corrupción.

En el caso CCI de 31 de marzo de 1992, *Société European Gas Turbines SA c. Westman International Ltd.*, los árbitros consideraron que las pruebas aportadas para dictaminar sobre la existencia de corrupción no fueron suficientes. Y puesto que si hubiera existido sobornos habría producido la nulidad del contrato en tribunal no se podían conformar con meras evidencias. Posteriormente en la Corte de Apelación de París se confirmó que no había pruebas suficientes que confirmaran las alegaciones de corrupción.

En el caso CCI No. 6497. El tribunal llegó a la conclusión de que no existía “evidencia directa y concluyente” de que había existido corrupción, a pesar de la desproporción encontrada entre los costes de consultoría y los honorarios cobrados por el grupo de consultores los cuales llegaron a ser un 33,33% del monto total del contrato.

En el caso CCI No. 7047, *Westacre Investments Inc. c. Jugoimport – SPDR Holding Co.* El tribunal dictó un laudo en el que dejó constancia de que “una mera sospecha de uno de los miembros del tribunal arbitral no es suficiente para demostrar la existencia de corrupción”. De igual manera, la cláusula “exonerar al agente de probar sus servicios reales” no fue prueba suficiente de cometer un acto de corrupción. En este supuesto el estándar de la prueba también fue alto lo que no permitió obtener suficientes pruebas de corrupción. El laudo fue ejecutado en el Reino Unido.

En algunos casos<sup>415</sup> los árbitros exigieron que los estándares de la prueba fueran “claros y convincentes”.

Los tribunales del CIADI también ha utilizado altos estándares de la prueba en muchas ocasiones, entre otras: *African Holding Company c. DR Congo*; *Wena c. Egypt*; *Siag c. Egipto*, así como en *EDF (Services) c. Rumanía*.

En *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, el tribunal exigió dicho nivel de estándar de prueba, quizás sin ningún intento real de armonizar el problema de la corrupción. Especificando únicamente pude admitir “pruebas claras y convincentes” y las pruebas presentadas, a su entender estaban muy lejos de ser consideradas irrefutables. Dicha necesidad se entiende debido a que los imputados eran oficiales del más alto nivel del Gobierno de Rumanía.

*“... corruption must be proven and is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence. The seriousness of the accusation of corruption in the present case, considering that it involves officials at the highest level of the Romanian Government at the time, demands clear and convincing evidence. There is general consensus among international tribunals and commentators regarding the need for a high standard of proof of corruption. The evidence before the tribunal in the instant case concerning the alleged solicitation of a bribe is far from being clear and convincing.”*<sup>416</sup>

Esto no significa que los tribunales arbitrales no han considerado metodologías de estándares de prueba menos rígidos que a su vez sean más afines y compatibles con la naturaleza “clandestina” de la corrupción transnacional. En *Siag c. Egipto* se discutió sobre este tema, poniendo de relieve cómo la elección del tipo de estándar de la prueba aplicable, afectaba directamente a un conjunto de hechos que habían constituido a ese posible acto de corrupción. Los de-

---

<sup>415</sup> Arbitraje Ad Hoc de 28 de Julio de 1995; Caso *CCI No 7654* de 1996; Caso *CCI No. 8113* de 1996; Caso *CCI No. 9333* de 1998; Arbitraje Ad Hoc UNCITRAL de 4 de mayo de 1999.

<sup>416</sup> *EDF c. Romania*, pfo. 221.

mandantes habían alegado que la otra parte carecía de nacionalidad libanesa. A lo que en tribunal exigió un nivel elevado de estándar de prueba, porque en realidad dicha acusación se fundamentaba en la comisión de un fraude, lo que conlleva una valoración de la prueba con un elevado estándar, ya que las pruebas debería de ser “claras y convincentes”, lo que dejaba a dicho estándar en un lugar entre “la preponderancia de la evidencia/ equilibrio de probabilidades”, estándar exigido en los procesos civiles del Derecho inglés, y la “norma más allá de toda duda razonable” utilizado, en virtud del Derecho estadounidense para las causas penales.

*For reasons summarised above, the Claimants have submitted that Egypt must prove its Lebanese nationality objection to a heightened standard of proof. Chief among the reasons cited by Claimants is that Egypt's Lebanese nationality application rests upon allegations of fraud, and that claims of such nature are typically held to a heavy standard of proof.*<sup>417</sup>

La posición de uno de los árbitros<sup>418</sup> fue parcialmente disidente con la mayoría del tribunal, él sostuvo que existían pruebas suficientes para establecer que se había producido un acto de corrupción desde el momento en el que uno de los co-demandantes había “ocultado” o “puesto en la sombra” su nacionalidad egipcia<sup>419</sup> por lo que el demandante carecía de jurisdicción *ratione personae* para realizar reclamación alguna sustentada en un APPRI.

No obstante lo anterior el profesor quiso dejar claro en todo momento que la diferencia de puntos de vista “de ninguna manera quería significar que cualquiera del resto de los distinguidos miembros y colegas del tribunal arbitral ni los demandantes y representantes del procedimiento estaban dispuesto a tolerar cualquier acto

---

<sup>417</sup> *Siag c Egipto*, pfo. 325.

<sup>418</sup> La opinión de Francisco Orrego Vicuña se puede consultar en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0787.pdf>

<sup>419</sup> Cabe señalar que dicha persona contaba con tres nacionalidades, la egipcia, libanesa e italiana.

de fraude o corrupción.<sup>420</sup> No fueron los valores o principios implicados la fuente de discrepancia; sino más bien “una evaluación diferente de las pruebas lo que provocó que se estableciera un diferente estándar de la prueba.

El estándar elegido por la mayoría del tribunal (pruebas claras y convincentes), en su opinión no fue el apropiado, ya que todo tribunal arbitral, conforme al Derecho internacional, goza de cierta libertad para elegir el tipo de estándar de prueba necesario de acuerdo a las circunstancias y naturaleza de los hechos en cuestión.<sup>421</sup>

Por lo que, en su opinión, en dicho caso, los hechos podrían haber sido mejor enjuiciados bajo un estándar de la prueba que le permitiera al tribunal cierta “discreción de inferir a partir de un conjunto de pruebas circunstanciales concordantes con *faisceau d’indices* procedentes de los hechos”. Este punto de vista argumentado por el profesor Orrego, de que los árbitros poseen cierta libertad para elegir las reglas y estándares más adecuados en concordancia a la necesidad, circunstancias y naturaleza de los hechos analizados del caso, ha sido sustentado en recientes laudos emitidos por el tribunal de CIADI relacionados con distintas formas de ilegalidad y corrupción.

Uno de los más recientes casos fue *Metal-tech* en los que el tribunal declaró que sobre cuestiones probatorias en materia de corrupción, incluida la carga y el estándar de la prueba, tienen cierto margen de libertad en decidir sobre qué nivel exigible es el adecuado para resolver la controversia.<sup>422</sup>

---

<sup>420</sup> Vid. opinion disidente del professor Francisco Orrego Vicuña p. 1 “... the difference in views ‘in no way reflects adversely on any of the distinguished counsel that have represented the Claimants in these proceedings, nor on my colleagues in the tribunal, as none would be willing to condone (fraud or corruption)’”.

<sup>421</sup> Vid. S. Abdulhay, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, op. cit., pp. 89–92.

<sup>422</sup> Vid. *Metal-Tech*, pfo. 238 “Here, the question is whether for allegations of corruption, the burden should be shifted to the Claimant to establish that

Dicha libertad procede del hecho de que el arbitraje internacional de inversiones se caracteriza en gran medida en que su procedimiento y sus reglas sobre la prueba no son rígidos ni están sometidas a tecnicismos<sup>423</sup> A pesar de dicho margen de libertad de elección, la jurisprudencia suele dar muchos datos útiles a la hora de adoptar una decisión sustribunales arbitrales. La práctica arbitral seguida por el tribunal de Rompetrol en cuanto a la elección del estándar de la prueba es muy instructiva. El tribunal consideró que si “bien pueden existir situaciones en las que, dada la naturaleza de una alegación de un acto ilícito (en el sentido más amplio) y la persona concreta a la que se dirige tal imputación, un juez debe mostrarse reacio a admitir tal acusación con la ausencia de las pruebas necesarias, es decir, sin unas evidencias con un peso suficiente más allá de una simple prueba circunstancial. Pero las circunstancias particulares deberían de ser determinantes, para que el tribunal desafiara la codificación. Dichas afirmaciones quedan resumidas en los términos utilizados por el juez Higgins: “Cuanto más graves sean los cargos, más fiabilidad debe existir en los medios de pruebas presentadas.”<sup>424</sup>

---

there was no corruption. Rules establishing presumptions or shifting the burden of proof under certain circumstances, or drawing inferences from a lack of proof are generally deemed to be part of the “lex causae”. In the present case, the “lex causae” is essentially the BIT, which provides no rules for shifting the burden of proof or establishing presumptions. Therefore, the tribunal has relative freedom in determining the standard necessary to sustain a determination of corruption.

<sup>423</sup> Vid. Rompetrol, pfo. 181 “*The tribunal is unable to accept, in full, the position of either Party. It starts from the position that in international arbitration – including investment arbitration – the rules of evidence are neither rigid nor technical*”

<sup>424</sup> “*The graver the charge the more confidence must there be in the evidence relied on*”. Opinión disidente del Juez R. Higgins en el caso relativo a las plataformas petrolíferas en el fallo de Reports 2003, p. 234. “*Beyond a general agreement that the graver the charge the more confidence must there be in the evidence relied on, there is thus little to help parties appearing before the Court (who already will know they bear the burden of proof) as to what is likely to satisfy the Court*”



El tribunal de Rompetrol tuvo en cuenta la postura adoptada por el tribunal arbitral del caso Libananco c. Turquía<sup>425</sup>

*In relation to the Claimant's contention that there should be a heightened standard of proof for allegations of 'fraud or other serious wrongdoing,' the tribunal accepts that fraud is a serious allegation, but it does not consider that this (without more) requires it to apply a heightened standard of proof. While agreeing with the general proposition that—the graver the charge, the more confidence there must be in the evidence relied on..., this does not necessarily entail a higher standard of proof. It may simply require more persuasive evidence, in the case of a fact that is inherently improbable, in order for the tribunal to be satisfied that the burden of proof has been discharged.*

Siguiendo la tendencia generalmente utilizada en el proceso civil, lo lógico habría sido aplicar el estándar de “la preponderancia de la evidencia/ equilibrio de probabilidades”, sin embargo, el tribunal de Rompetrol entendió que: “sería más apropiado adoptar un enfoque más matizado y decidir en cada caso en los que se alegue una conducta tipificada como un ilícito muy grave sobre un funcionario estatal de un Estado receptor, ya sea sobre supuestas decisiones corruptas de carácter administrativo o de orden político, habrá que enjuiciar atendiendo a las pruebas directas e indirectas que se presenten ante el tribunal.”<sup>426</sup>

Un análisis de los laudos arbitrales más recientes nos muestra que cada vez más a menudo los árbitros admiten estudiar acusaciones de soborno y corrupción basándose en pruebas indirectas pero fiables.<sup>427</sup>

---

<sup>425</sup> *Libananco Holdings Co. Limited c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/06/8 .

<sup>426</sup> *Vid.* caso *Rompetrol*, para, 183.

<sup>427</sup> *Vid.* C.B. Lamm, H. T. Pham, y R. Moloo, ‘Fraud and Corruption in International Arbitration’ en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, D. Arias y M.A. Fernández-Ballesteros (ed), Wolters Kluwer, 2010, pp. 699, 703; citando a A. Crivellaro, Crivellaro, “Arbitration Case Law on Bribery: Issues of arbitrability, contract validity, merits and evidence”, *op. cit.*, p. 109.

Por lo tanto, el estado actual de los principios probatorios en materia de corrupción parece estar en el inicio de un movimiento lejos de la uniformidad y rigidez del “alto nivel de la prueba”; los tribunales se niegan a ser inmovilizados, a priori, ya sea por las pruebas particulares o por las reglas formales sobre el desplazamiento o presunciones de la prueba. Dada la incapacidad de la doctrina dominante en generar resultados contra la corrupción, pese a la frecuencia anecdótica e invocación repetida, esto es sin duda un hecho positivo. Ya que sin ese espacio para el ejercicio de la discreción, la corrupción podría seguir residiendo en los márgenes de la toma de decisiones en el arbitraje, y no tendría ningún efecto práctico en los resultados de una gran mayoría de casos. Ese insatisfactorio el “status quo” en el que en muy pocos casos se ha admitido la existencia de corrupción en base a las pruebas aportadas, pese al gran número de veces en los que ha sido alegada. Por ello, debería ser causa o motivo suficiente para exponer al arbitraje internacional a ser criticado por estar utilizando una tendencia excesivamente suave ‘soft touch’<sup>428</sup> en la lucha contra la corrupción. ¿Por qué los árbitros han dudado durante tanto tiempo en adoptar procesos de pruebas más flexibles, algunos dicen que son tan ingenuos como los que ocultan la corrupción<sup>429</sup>; este es un tema que está de actualidad y totalmente abierto a debate. En mi opinión, coincidente con la ma-

---

<sup>428</sup> A.P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, *op. cit.*, [ 9.23] *Vid.* F. Kenyan Attorney-General Amos Wako, citado en A. Ross, “The Man Behind Kenyan Arbitration”, *Global Arbitration Review*, 20 January 2012: “Unfortunately, in the case of international contracts it can be hard to prove corruption and to point the finger at a particular player. We must ensure that international arbitration tribunals do not develop an unacceptable reputation for being “a soft touch” on corruption and other forms of illegality. Arbitrators need to emerge from their ivory towers, recognise how difficult an allegation of corruption can be to substantiate and show procedural flexibility to take these difficulties in proving corruption into account.”

<sup>429</sup> *Vid.* C. Partasides, *Proving Corruption*, *op. cit.*, pp. 51, 56. “How can our process ensure that it is equal to (the ingenuity of those that conceal corruption?)” To which he answers: “Our process will not ensure that it is equal to the ingenuity of corruptors, and/or those that they corrupt, if arbitrators simply fail to take account of that ingenuity, and where necessary adapt for it, in the conduct of their proceedings.”

yoría de laudos sobre temas de corrupción, la razón de la elección de un alto estándar de la prueba parece tener más sentido debido a las graves consecuencias legales que conllevan un hallazgo positivo de existencia de corrupción no sólo sobre el caso de arbitraje sino sobre la parte demandada de haber cometido este delito.<sup>430</sup>

### *3. Banderas rojas o denominadores comunes en los casos de corrupción que deben alertar al árbitro.*

Los tribunales arbitrales son conscientes de que prácticamente la totalidad de los casos que les son presentados con indicios de corrupción comparten un conjunto de “señales de advertencia”<sup>431</sup> o “banderas rojas” que les indica que se ha podido realizar actos de corrupción.

Estos denominadores comunes han sido enumerados en una lista emitida por el Departamento de Justicia de Estados Unidos sobre la Foreign Corrupt Practices Act<sup>432</sup>, citando entre otros: la descripción

---

<sup>430</sup> De hecho, varios de los tribunales que han tenido que tomar una decisión sobre fraude y corrupción han adoptado la opinión de la jueza Higgins, es decir, cuanto más grave es la acusación, más confianza debe de darnos los medios de pruebas presentados. La opinión disidente aportada por la jueza R. Higgins en el caso *Oil Platforms Islámica República de Irán c. Los Estados Unidos de América*, 2003. Ha sido citada en casos como *Rompetrol*, pfo. 182 y *Metal-Tech*.

<sup>431</sup> B.M. Cremades, D.J. Cairos, “Orden público transnacional en el arbitraje internacional: cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable” *op. cit.* pp. 283-308.

<sup>432</sup> *Vid.* lists the following top thirty red flags: General Red Flags: *Flag 1: Your Company has received an —improper payment audit in the past five years. Flag 2: A payment in a country with widespread corruption or history of FCPA violations occurring in that country. Countries that are considered to fit this category include some Middle Eastern and Asian countries, and much of the former Soviet Union and Africa. Flag 3: Widespread news accounts of payoffs, bribes, or kickbacks. Flag 4: The industry involved has a history of FCPA violations. These industries include defense, aircraft, energy, pharmaceutical/life sciences, and construction services. Transaction-Specific Red Flags for Intermediaries. Flag 5: An agent, distributor, or joint venture part-*

---

ner refuses to provide confirmation of willingness to abide by the FCPA. Flag 6: Family or business ties of an intermediary with a government official. Flag 7: Bad reputation of the agent or rumors of prior improper payments or other unethical business practices by the intermediary. This is a key flag, and parties should document the good reputation and experience of the intermediaries they hire. Flag 8: Listing of agent on databases listing known corruption risks like the World Bank List of Debarred Firms or a database of corruption profiles. Flag 9: The intermediary requires that its identity not be disclosed. Flag 10: The potential foreign government customer recommends the intermediary. This could suggest a coordinated scheme to divide a payoff. Flag 11: The intermediary lacks the facilities and staff to perform the required services. This could suggest that the intermediary may be performing its job through corrupt payments rather than hard work. Flag 12: The intermediary has violated local law, even if the violation is not related to bribery. Flag 13: The intermediary wishes to use anonymous subcontractors. Flag 14: Unusually large or frequent political contributions to a person or political party by the intermediary, which could suggest an arrangement for the direction of business to the intermediary. Flag 15: Insistence on the involvement of third parties who provide no value-added to the transaction. Flag 16: A proposed foreign partner is owned by a key government official or a close relative or linked to a state owned enterprise. Flag 17: Rumors of a silent partner in a joint venture, distributor, or agent that is not disclosed by the intermediary. Flag 18: The proposed relationship is not in accordance with local laws or regulations, including rules dictating when a government official can be involved in a business relationship. Flag 19: The intermediary attempts to assign its rights or obligations to another party. Flag 20: The intermediary has an unexplained breakup with another company, which could suggest the discovery of illegal conduct in that relationship. Control-Based Red Flags for Intermediaries: Flag 21: A joint venture partner insists on maintaining two sets of books for tax or other purposes. Flag 22: An intermediary refuses to allow auditing of its books. Flag 23: An intermediary requests payment of inadequately documented or entirely undocumented expenses. Payment Requests by Intermediaries: Flag 24: Payment of a commission that is at a level substantially above the going rate for agency work in a particular country. An excessive commission might suggest that a portion of the funds is going to a foreign official. Then again, your agent might just be greedy. Flag 25: Payment through convoluted means. If your agent asks for payment to a numbered account in the Bahamas, the DOJ or SEC could consider this failure to investigate culpable conduct under the FCPA. Flag 26: Over-invoicing (i.e., the intermediary asks you to cut a check for more than the actual amount of expenses). Flag 27: Requests that checks be made out to —cash or —bearer, that payments be made in cash, or that bills be paid in some other anonymous form. Flag 28: Requests that payments be made to a third party. Flag 29: Payment in a third country, which

contable vaga o no específica de los pagos realizados; documentos que ocultan la verdadera identidad de un representante o apoderado en un país extranjero; descripciones de pagos realizados que no se corresponden con la cuenta correspondiente; contabilidad general o cuentas diversas que pueden ser utilizadas para ocultar pagos indebidos; exceso de facturación o facturas falsas; cuentas o transacciones no registradas; cuentas de viajes y gastos con información incompleta que son utilizadas para obtener efectivo para realizar pagos indebidos; presentación de informes de cuentas de gastos falsas o inexactas; declaraciones erróneas de las transacciones realizadas; el tipo de contrato utilizado en las transacciones siempre suelen ser de comisión, de agencia o de intermediación; la especificación de servicio no está bien definidos; las comisiones son desproporcionadas.<sup>433</sup>

Sobre las comisiones desproporcionadas, este fue uno de los detalles que le llamó la atención al juez Gunnar Lagergren, la comisión estipulada en el contrato fue de un 10% de 3.510.00 £ de 1993.

Han existidos casos en los que las comisiones han llegado a constituirse en verdaderas banderas rojas que por sí misma llamaron la atención de los árbitros, entre ellas podemos destacar:

#### A) Caso CCI No. 3913

La demandante una empresa inglesa, firmó un contrato de consultoría con la demandada, una empresa francesa con el fin de que

---

*suggests a plan to divide the commission in the third country away from government scrutiny. Flag 30: Requests for unusual bonuses, one-time success fees, or extraordinary payments”.*

<sup>433</sup> Vid. análisis y lista de las 13 banderas rojas para identificar casos de corrupción en contratos comerciales transnacionales en C. Kenny y M. Musatova, ‘Red Flags of Corruption’ in World Bank Projects An Analysis of Infrastructure Contracts. [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSPContentServer/WDSP/IB/2010/03/22/000158349\\_20100322093911/Rendered/PDF/WPS5243.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSPContentServer/WDSP/IB/2010/03/22/000158349_20100322093911/Rendered/PDF/WPS5243.pdf).

esta le informase, gestionase y obtuviera contratos con el gobierno de una ciudad africana por lo que el demandado acordó pagar el 8% del montante final de todos los contratos de obra que obtuviera, una vez deducidos de estos los gastos de los materiales y los gastos necesarios para llevar a cabo los mismos.

Llegado el momento de realizar los pagos, la parte demandada incumplió su obligación, por lo que el demandante, solicitó arbitraje ante la CCI.

A tenor de la letra del contrato, no se encontró actividad alguna que pudiera considerarse ilícita o inmoral, sin embargo, la parte demandada a través de pruebas testificales, alegó que la verdadera intención del contrato era de realizar una serie de pagos o sobornos a los distintos miembros de una red, constituida por funcionarios locales, con decisión en la adjudicación de contratos públicos, por lo tanto el fin del contrato no era otro que el de pagar sobornos a funcionarios públicos.

*“The evidence showed that the Claimant was a financial intermediary who received money to redistribute to members of a network consisting of local persons in decision-making positions. In other words, the commission payable to the Claimant under the Consulting Agreement was intended to pay “pots-de-vin” or bribes.*

El tribunal concluyó que el contrato no solo era ilegal, inmoral según el Derecho francés, sino que también contrario al orden público nacional e internacional, por lo que el contrato debía de ser considerado nulo y sin efectos, por lo que las partes no podía exigir la ejecución de dicho contrato ni la restitución en virtud del mismo.

#### B) Caso CCI No. 6497

La demandante era una empresa de consultoría de Liechtenstein y la demandada una empresa de construcción alemana. En el que las partes, habían celebrado una serie de contratos de consultoría

durante un período de 10 años en los que la parte demandante prestó sus servicios como asesor de la demandada con el fin de que esta última consiguiera con éxito contratos de construcción con varios países, entre los cuales figuraba un país de Oriente Medio.

En virtud de dichos acuerdos, la demandante, recibió el 1,5% del montante obtenido por la demandada en los contratos de construcción obtenidos por su asesoramiento. A demás las partes, también suscribieron otra serie de acuerdos, derivados de los principales, por los que dichas nuevas obligaciones, aportarían a la demandante unos beneficios del 5,5% de las cantidades obtenidas por la demandada.

Uno de esos acuerdos, derivados del principal, fue el que causó la polémica entre las partes, en dicho acuerdo, la demandante debía recibir el 33,33% de las cantidades obtenidas por la demandada, en dicho acuerdo no quedaba reflejados los deberes u obligaciones que debía desempeñar la demandante para percibir ese porcentaje tan extraordinario.

La demandante al no recibir los pagos adeudados por la demandada, solicitó un arbitraje ante la CCI, en dicho procedimiento arbitral, la demandada, alego que en realidad las altas sumas de dinero, tenían como destino el pago de sobornos a funcionarios del Gobierno de Oriente Medio.

Iniciado el arbitraje, en virtud de los acuerdos, se decidió que la ley aplicable era la ley suiza.

Ante la alegación de corrupción, el tribunal sostuvo en todo momento que, si la verdadera naturaleza de los acuerdos hubiera sido la de corrupción, los acuerdos serían nulos de pleno derecho bajo la legislación suiza. Ya que el soborno, está tipificado como delito dentro del ordenamiento jurídico suizo, y este acto ilícito no puede ser objeto de un contrato bajo dicha legislación. Esta pauta, ha sido admitida por la mayoría de los Ordenamientos Jurídicos.

*I “Respondent alleges that the real object of all agreements between the parties was to organise the ‘bribing’ of officials of country X, through claimant. Respondent has no direct written evidence about the bribery na-*

*ture of the agreements and about the bribes in particular. However, they rely on ... 'circumstantial' written evidence and on their witnesses”.*

*2 “if the bribery nature of the agreements would be demonstrated, such agreements would be null and void in Swiss law. This is not because such bribe would be prohibited by the criminal law of the country in which bribes had been paid, but because the bribes in themselves cannot be, in Swiss law, the object of a valid contract. This is also admitted in most legal systems.”*

*3 “The demonstration of the bribery nature of the agreement has to be made by the Party alleging the existence of bribes (hereafter the 'alleging party'). A civil court, and in particular an arbitral tribunal, has not the power to make an official inquiry and has not the duty to search independently the truth. A civil court has to hear the allegations and the proofs offered by the parties. The 'alleging Party' has the burden of the proof. If its demonstration is not convincing, the tribunal should reject its argument, even if the tribunal has some doubts about the possible bribery nature of the agreements.*

*4 “The 'alleging Party' may bring some relevant evidence for its allegations, without these elements being really conclusive. In such case, the arbitral tribunal. may exceptionally request the other party to bring some counterevidence, if such task is possible and not too burdensome. If the other party does not bring such counter-evidence, the arbitral tribunal may conclude that the facts alleged are proven (Art. 8 Swiss Civil Code). However, such change in the burden of the proof is only to be made in special circumstances and for very good reasons.*

El tribunal a continuación pasó a estudiar la carga de la prueba, y sostuvo que la persona que realiza la acusación de que ha existido corrupción es quien soporta la carga de la prueba. Asimismo, el tribunal puntualizó que si las pruebas presentadas por la parte, no era lo suficientemente convincente, el tribunal debía de rechazar dicha alegación incluso si las pruebas no eran convincentes, porque presentaban algún margen de duda o error.

Sin embargo, aunque la carga de la prueba recayera sobre la parte que la alegara, el tribunal, estipulo que él podría solicitar excepcionalmente, también a la otra parte, algún tipo de prueba que no supusiera una gran carga para dicha parte. De cualquier manera, para



que el tribunal dictase un laudo en el que se dijese que existía corrupción, las pruebas deberían de ser totalmente concluyentes.

El principal argumento de la parte demandada, era los porcentajes tan exorbitantes en relación con los costes tan bajos. Por su parte, la demandante, se negó a proporcionar un informe detallado de los costes de sus subcontratistas, a pesar de que la mayoría de ellos, aparecían reflejados por escrito, dicha parte se acogió al secreto comercial y a los intereses legítimos de terceros para no proporcionar dicha información.

La demandada alegó que la estructura financiera del grupo de la demandante, no era todo lo legal que debiera, sosteniendo los mismos, que algunos de los funcionarios del país de Oriente Medio, tenían una participación en algunas de las empresas de la demandante. Sin embargo, estos hechos no pudieron ser probados por los demandados.

El tribunal consecuentemente, no pudo admitir tales alegaciones, por considerar que las pruebas aportadas ante el mismo no eran concluyentes, a pesar de que la otra parte no proporcionara información acerca de su estructura corporativa.

Uno de los directores, de la parte demandada, afirmó que tenía conocimiento de al menos 30 personas beneficiarias de los sobornos, sin embargo se negó a proporcionar sus nombres porque recibió amenazas y consideró que era muy peligroso proporcionar dicha información.

El tribunal, realizó un estudio sobre los porcentajes acordados entre las partes, y consideró que el 5,5% era una cantidad común en los acuerdos de consultoría y que dicha cantidad no daba lugar a la existencia de sobornos.

*“...even if the figure for the amounts paid to claimant is very high, even if it is possible that the effective costs of claimant have been only a small fraction of such amount, such amount is ‘only’ 5.5% of the global amount awarded to respondent. Such percentage is not perceived as being abnormal for a consultancy agreement (without any bribery nature).”*

Sin embargo, el tribunal matizó que la comisión del 33,33% era un porcentaje elevado y bastante inusual pero que dado que la parte contraria no solicitó a la demandante los documentos bancarios, o facturas que acreditaran los gastos y pagos realizados para obtener los contratos, y ésta última acogándose al secreto comercial tampoco los proporcionó al tribunal, el tribunal por primera vez, propuso el utilizar un tercero experto independiente de ambas partes, para que revisara todos los documentos y cuentas. Estas actuaciones de revisión fueron opuestas por la demandante, la cual se negó aunque posteriormente colaboró y en dichos documentos se mostraba que todos los pagos efectuados en una cuenta de tránsito (transit account) todas las pruebas que rodean estas circunstancias son inexistentes o falsas.

Las conclusiones a las que llegó el tribunal fueron que teniendo en cuenta todas las circunstancias, existía un alto grado de probabilidades de que el verdadero objeto del acuerdo derivado del acuerdo principal (Product Agreement Q), era la de canalizar a través de estos, los sobornos a funcionarios del país de Oriente Medio que tenían poder para obtener y decidir sobre ambas cantidades mencionadas en los acuerdos. El grado de probabilidad fue lo suficientemente alta como para dictaminar que el acuerdo derivado de del acuerdo principal era nulo.

*“Taking into account all circumstances, the arbitral tribunal considers (contrary to its decisions on all other agreements...) that there is a high degree of probability that the real object of Product Agreement Q was to channel bribes to officials in Country X who had the power to decide that both amounts mentioned in the Agreement were to be paid to respondent. Such probability is high enough for the arbitral tribunal to consider that such allegation presented by respondent is to be admitted.”*

El dilema de dejar sin efecto un contrato reportando beneficios a una de las partes cuando ésta no ha tenido un comportamiento ejemplar llevó al tribunal a hacer algunas observaciones muy interesantes.

El tribunal consideró que el resultado de una nulidad contractual, no es necesariamente equitativa. La empresa que se benefició de

los sobornos, es decir, la que obtuvo importantes contratos gracias a éstos, no se mantiene en una mejor posición moral que la empresa que organizó el pago de los sobornos. La nulidad del contrato, sólo beneficia a los primeros y por lo tanto es posiblemente injusta, pero esto es jurídicamente irrelevante”.

*“By the way, the result of such nullity is not necessarily equitable. The enterprise having benefited from the bribes (i.e. having obtained substantial contracts thanks to the bribes) has not a better moral position than the enterprise having organized the payment of the bribes. The nullity of the agreement is generally only beneficial to the former, and thus possibly inequitable. But this is legally irrelevant.”*

El tribunal dictó un laudo por el que se consideraba anulado el acuerdo derivado del acuerdo principal (Product Agreement Q).

#### C) Caso CCI No. 8891

La demandante, una empresa suiza cuya principal eran de nacionalidad francesa al igual que el de la parte que inició el arbitraje.

La demandante, suscribió un contrato con la demandada con el objetivo de que la primera ayudara a la segunda a obtener dos contratos públicos con el Gobierno X.

El porcentaje acordado para el agente fue de un 18,5% sobre la cantidad total al que ascendiera el contrato que obtuviera para la empresa, llegado el momento del pago la demandada no abonó los honorarios reclamados por lo que la demandante solicitó el inicio de un arbitraje internacional ante la CCI.

El demandado alegó que el contrato se consiguió cuando el contrato de asesoría ya había expirado y que el mismo no fue más que la cobertura de actos corruptos, encaminados a obtener el contrato público mediante sobornos a funcionarios de país X.

En el contrato no se hacía referencia alguna a la ley aplicable al contrato.

El tribunal consideró que tanto la legislación francesa, por estar vinculada tanto con el contrato como las partes, debido a que la filiación de la parte demandada como la nacionalidad y el domicilio del actor principal, como la suiza por ser el país del demandante, eran aplicables al contrato, además, ambas consideran la corrupción como un acto contrario tanto al orden público local como internacional.

Ante la alegación por parte de la demandada de que el tribunal carecía de jurisdicción para conocer de un contrato que podía ser declarado nulo de pleno derecho, éste argumentó que aplicando la doctrina de la separabilidad de la cláusula arbitral, por la que se reconoce expresamente que el acuerdo o contrato de arbitraje que forma parte del contrato principal pervive independientemente de la suerte que corra el contrato por lo que cualquier tribunal arbitral tiene derecho a conocer y estudiar el fondo del asunto.

El tribunal, siguiendo la línea jurisprudencial hasta el momento, exigió que quien hubiera alegado la corrupción, debía de ser la parte que soportase la carga de la prueba, ya que corresponde a la parte que alega la existencia de ilegalidad demostrar dicho hecho.

El tribunal concluyó que dictar un laudo en el que se dictase que existió corrupción era una tarea muy difícil, de hecho, el objeto ilícito, según el tribunal, generalmente, suele quedar oculto tras las cláusulas contractuales. Por ello, a los árbitros no les queda más remedio que analizar las pistas

*“In fact, the illicit object of the contract is generally hidden behind apparently insignificant contractual clauses. That is why arbitrators are left with no other choice than to analyse the clues.”*

Para encontrar dichas pistas, el tribunal concluyó que los signos de evidencia de corrupción deberían estar entre las siguientes pautas:

La incapacidad de la gente de presentar prueba concluyente de su actividad. La negativa del agente a dar explicaciones sobre el desempeño de sus deberes o actividades contractuales.

La duración de la participación del agente en el contrato. A menor duración mayores signos indicativos de corrupción.

La remuneración, cuando ésta queda ligada a la consecución de un contrato y se determina en un porcentaje del valor total de dicho contrato.

El porcentaje, cuando éste es especialmente elevado, supone una bandera roja, generalmente se puede presumir que existe un intermediario y existirá un pago a funcionarios del gobierno. El tribunal, señaló que sería raro encontrar una comisión de un 1% o 2%, que es la que suele establecerse en los casos generales como pago de los agentes.

*“The agent’s inability to submit proof of his activity. The refusal by the agent to provide explanations regarding his activity constituted an “a fortiori” sign.*

*· The duration of the agent’s involvement in the contract. A very short duration indicates signs of corruption.*

*· The remuneration under the contract is in the form of a commission based on the amount or value of the contract signed by the business client.*

*· A particularly high rate of commission raises a flag and leads to the presumption that the intermediary is disbursing money to government officials. The tribunal noted that it is rare for a simple agent to receive commissions greater than 1% or 2%. One needs to establish both the accepted practice regarding commissions, and compare the amounts provided to the agent with the efforts expended by him”.*

A continuación el tribunal pasó a analizar las pruebas presentadas, aplicando los criterios anteriores y concluyó lo siguiente:

La actividad del agente, fue a penas documentada en el procedimiento. De hecho fue bastante difícil por parte del tribunal, llegar a definir exactamente cuáles eran los deberes y cuales habían sido

cumplidos en virtud del contrato. Teniendo en cuenta las declaraciones efectuadas por algunos de los testigos, el tribunal llegó a la conclusión que dicha tarea u obligación era la de asegurar que ciertos fondos fueran pagados a terceros, por lo que podría entenderse que la finalidad del contrato de consultoría eran la de dar cobertura legal a actos ilícitos. El tribunal, también dictaminó que los testimonios aportados por los testigos, proporcionaron información explícita de que dicho pago iba a ser entregado a personas muy influyentes. Asimismo, en tribunal también hizo resaltar, la ausencia del Presidente General de la empresa de la parte demandante, a pesar de haber sido citado para compareciera ante dicho tribunal. En cuando a las pruebas documentales, señalaron que existieron una serie de facturas y faxes que aludían a pagos a funcionarios del gobierno, lo que proporcionó al tribunal corroborar que el objeto del contrato era ilícito.

La duración de la participación del demandante, fue aproximadamente de dos meses y medio, dicha duración le pareció sumamente corta al tribunal, lo que le llevó a dictaminar, que éste podría ser otro signo de la existencia de corrupción.

El método de remuneración elegido por las partes fue el de un porcentaje, el cual sería sobre la cantidad total del contrato obtenido por la demandada con el Gobierno. El tribunal, concluyó que en este caso este factor no fue determinante, puesto que dicho método era el seguido habitualmente en ese país.

En cuanto al porcentaje acordado por las partes, fue el de 18,5%, el tribunal consideró que era especialmente elevado y dictaminó que era un indicador de que el intermediario habría desembolsado importantes sumas de dinero a terceros.

Finalmente, y a la luz de todas las pruebas presentadas ante el tribunal, este concluyó que este era un caso evidente de corrupción, que el objeto del contrato no era otro que el de la demandada asegurarse un contrato público con el Gobierno y el de la demandante, ser intermediario en el pago de sobornos a funcionarios públicos de dicho país.

El tribunal arbitral, declaró nulo el contrato de consultoría y denegó las pretensiones de la parte demandante, al hacerlo, el tribunal se refirió a creciente consenso internacional que ya existía en aquellos momentos a favor de la condena del soborno de funcionarios públicos y en particular, se refirió al Convenio OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de 1997.

Asimismo el tribunal condenó a pagar a la demandante las dos terceras partes de las costas de los gastos de arbitraje, y a la demandada la parte que restaba, debido a la conducta ambigua del último.

Por último, el tribunal señaló que anular un contrato por soborno, lleva consigo, lo que el tribunal consideró una consecuencia algo injusta y desagradable, pues la consecuencia sería que la demandante había desempeñado sus obligaciones contractuales, aunque ilícitas, pero la demandada resultaba beneficiada de la obtención del contrato por un lado, y del impago de lo acordado con la demandante del otro. No obstante lo anterior, el tribunal no podía legitimar un contrato contrario a la ley, la costumbre y el orden público tanto local como internacional.

*“...the object of the consulting contract was to obtain from the Ministry an increase in the defendant’s contract price by handing out pots de vin or bribes to government...”*

*“...a contract for bribery causes the party who benefited from the services to be relieved from having to pay the price agreed upon to the consultant. This was undoubtedly an unpleasant consequence but it was not sufficient to legitimize a contract whose purpose was illicit”.*

*“...To ask arbitrators who hand out justice, to condone this type of practice is inconceivable to this tribunal.”*

El tribunal arbitral, declaró nulo el contrato de consultoría y denegó las pretensiones de la parte demandante.

El tribunal condenó a pagar a la demandante las dos terceras partes de las costas de los gastos de arbitraje, y a la demandada la parte que restaba, debido a la conducta ambigua del último.

Dicho laudo arbitral fue dictaminado por el tribunal después de realizar una serie de afirmaciones muy interesantes, tales como: la incapacidad del agente para proporcionar una prueba concluyente de sus actividades; la breve duración de la intervención del agente; la forma y el método de la remuneración del agente, y; la cantidad de dinero tan elevada en beneficio del agente en comparación con las ventajas obtenidas por el director. El tribunal aplicó dichos indicadores y llegó a la conclusión de que el contrato de consultoría se había celebrado con la intención de llevar a cabo el soborno y debía ser declarado, de conformidad con orden público internacional, nula y sin efecto.

Estas “banderas rojas” o denominadores comunes en actos de corrupción fueron también analizados por el tribunal del caso *Metal-Tech*<sup>434</sup>. La lista de indicadores utilizada fue la redactada por Lord Woolf, expresidente del tribunal Supremo de Inglaterra y Gales, el cual entendía que en la mayoría de los casos en los que él había admitido una alegación de sobornos, todos ellos tenían una serie de puntos en común entre los que cabe destacar: un asesor con falta de experiencia en el sector; que el asesor no residía en el país donde lo se encontraba el cliente o el proyecto; falta de una presencia comercial significativa de la Asesora en el país; un asesor con peticiones de pagos “urgentes” o altas comisiones; peticiones de pagos en efectivo o que éstos se realicen en un tercer país o en una cuenta bancaria numerada o a alguna otra persona o entidad; el asesor mantiene una estrecha relación personal/profesional con el gobierno o con clientes que podrían influir indebidamente en favor del cliente asesorado”.<sup>435</sup>

---

<sup>434</sup> *Metal-Tech* pfo. 293

<sup>435</sup> *Vid.* “Several red flag lists exist, which, although worded differently, have essentially the same content. For instance, Lord Woolf, former Chief Justice of England and Wales, included on his list of “Key Red Flags” among other things” (1) “an Adviser has a lack of experience in the sector;” (2)



El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en el caso *Rosinvestco UK LTD. c. la Federación Rusa*<sup>436</sup>, aludió a estas banderas rojas como referentes de corrupción y fraude.

Un aspecto importante que ha sido tenido en cuenta por los tribunales es que cuando no existen pruebas o evidencias directas sino meramente circunstanciales, el nexo causal que puede existir entre todas ellas, pueden dirigir hacia el dictamen de existencia de corrupción. Dicho nexo causal se convierte en una bandera roja que guía y ayuda al árbitro a poder concluir si ha habido o no una actividad corrupta. En efecto, las pruebas circunstanciales, sobre todo cuando la evidencia o prueba directa de corrupción no existe, es ampliamente, aunque con cautela, aceptada como una herramienta fiable para evaluar denuncias de corrupción ante los tribunales arbitrales internacionales.<sup>437</sup>

El caso *Methanex c. Estados Unidos*<sup>438</sup>, es muy instructivo en este sentido, el tribunal apoyó la metodología de “conectar los puntos” para llegar a una conclusión basada en hechos probados permiti-

---

*“non-residence of an Adviser in the country where the customer or the project is located;” (3) “no significant business presence of the Adviser within the country; (4) “an Adviser requests ‘urgent’ payments or unusually high commissions;” (5) “an Adviser requests payments be paid in cash, use of a corporate vehicle such as equity, or be paid in a third country, to a numbered bank account, or to some other person or entity;”(6) “an Adviser has a close personal/professional relationship to the government or customers that could improperly influence the customer’s decision” Ver también: Woolf Committee Report on Business Ethics, Global Companies and the Defence Industry: Ethical Business Conduct in Bae Systems Plc 25-26 (2008).*

<sup>436</sup> As ‘red flags’ attach themselves to a tax measure, the burden of proof and legal persuasion is on the taxing state to show that the measure is not discriminatory, has legitimate reasons, and is not intended to harm foreign investors and can y out expropriation in legally camouflaged ways” (CLA-76)

<sup>437</sup> Vid. caso CCI No. 4145 “a fact can be proven by circumstantial evidence if its leads to ‘very high probability’”; ICC Case No. 8891 “indices must be serious”.

<sup>438</sup> *Methanex Corporation c. Estados Unidos de America*, arbitraje celebrado bajo las reglas de UNCITRAL de agosto de 2005.

tiéndoles un análisis detallado de la aplicabilidad de las pruebas circunstanciales en la jurisprudencia del arbitraje de inversión.<sup>439</sup>

Mientras que cada elemento de la prueba analizado de forma aislada puede parecer que no tenga la más mínima implicación con la corrupción, cuando dichas pruebas se ven todas ellas como un conjunto, proporcionan una ayuda para obtener una posible explicación de los hechos sobre los que se están dictaminando. Cada “punto” se deberá examinar en su propio contexto y dentro de una pauta general, en la que el tribunal en última instancia, deberá unir todos esos puntos y determinar el sentido de tales pruebas presentadas por ambas partes.

*Connecting the dots is hardly a unique methodology; but when it is applied, it is critical, first, that all the relevant dots be assembled; and, second, that each be examined, in its own context, for its own significance, before a possible pattern is essayed. Plainly, a self-serving selection of events and a self-serving interpretation of each of those selected, may produce an account approximating verisimilitude, but it will not reflect what actually happened. Accordingly, the tribunal will consider the various ‘dots’ which Methanex has adduced—one-by-one and then together with certain key events (essentially additional, noteworthy dots) which Methanex does not adduce—in order to reach a conclusion about the factual assertions which Methanex has made.*

---

<sup>439</sup> En *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*. Methanex presentó una demanda contra los Estados Unidos de América por 970 millones de dólares, más intereses y costes de todo el proceso, al amparo de lo dispuesto en los Arts. 1105.1 y 1106.1 del Capítulo 11 del TLCAN, como compensación por la prohibición promulgada por el Estado de California de venta y utilización del MTBE (siglas en inglés del éter metil terbutílico), dicha prohibición impactó severamente en su inversión. La demandante alegó corrupción en base a que la decisión adoptada por el Gobernador fue realizada para beneficiar a su competidor financiero, quien previamente había realizado contribuciones de alrededor de 260.000 dólares americanos en la campaña política del gobernador Gray Davis. Dicha alegación fue desestimada por el tribunal por entender que los cargos fueron infundados y que no se pudo probar ninguna irregularidad electoral.

En cuanto al uso de “deducciones negativas o adversas”, ya en 1939 Sandifer<sup>440</sup> señaló que la sanción más efectiva (de los tribunales internacionales) es aquella que se realiza contra la parte que reúse a aportar los medios de pruebas que se le ha solicitado mediante el aviso de que si persiste en su negativa a realizar la presentación de documentos necesarios el tribunal adoptará conclusiones adversas para dicha parte. De manera muy similar, las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional nos indica en su art. 9.4 y 9.5:

Si una Parte se negase a suministrar, sin explicación satisfactoria, un documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que no haya sido objetada oportunamente o se negase suministrar un documento que el tribunal Arbitral haya ordenado presentar, el tribunal Arbitral podrá inferir que tal documento es contrario a los intereses de esa Parte.

Si una Parte se negase a suministrar, sin explicación satisfactoria, cualquier otra prueba relevante solicitada por la otra Parte, incluyendo testimonios, respecto de la cual la Parte a quien se dirigió la petición no presentó objeción oportunamente, o se negase a poner a disposición una prueba, incluyendo testimonios, que el tribunal Arbitral haya ordenado presentar, el tribunal Arbitral podrá inferir que esa prueba es contraria a los intereses de esa Parte.

Aunque en casos como *Hamester c. Ghana*<sup>441</sup> el tribunal adoptó una postura contraria a esta línea de razonamiento e hizo hincapié en que un tribunal debía “sólo decidir sobre hechos justificados, y no puede basarse en inferencias”. Volviendo al caso Metal-Tech, el tribunal consideró todo lo contrario, las “inferencias adversas” se pueden adoptar en aquellos casos en que se demuestre la existencia de corrupción y el tribunal podrá adoptar las conclusiones oportunas de la no presentación de una de las partes de las pruebas que el tribunal le haya ordenado que le presente. En varios supuestos, los

<sup>440</sup> D. V. Sandifer, “Evidence before International tribunals” op cit. p. 127.

<sup>441</sup> *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Republica de Gana*, caso CIADI No. ARB/07/24, pfo. 134, citado en *Niko Resources c. Bangladesh*, pfo. 424

tribunales arbitrales han declarado que su postura sería la de adoptar inferencias adversas sobre la parte que se haya negado a presentar dichas pruebas”.<sup>442</sup> Metal-Tech se ha convertido en un instructivo precedente para futuros tribunales que puedan tener problemas en las solicitudes de pruebas a una de las partes y que ésta nunca acaban de presentar. Si a dicha solicitud se le adjunta sutilmente un recordatorio de que el fracaso a que cooperen plenamente y satisfactoriamente con el tribunal en todo lo por él solicitado puede llevar a un dictamen adverso a dicha parte. Pero podemos encontrarnos ante tribunales comprometidos en sacar a la luz cualquier tipo de evidencia sin importar el nivel de prueba que se deba adoptar. Tal y como hizo el tribunal del caso *Rompetrol c. Rumanía* al considerar que un tribunal del CIADI está dotado con el poder suficiente e independiente para poder llegar a determinar, en un contexto proporcionado por las propias circunstancias del litigio que está conociendo, qué pruebas o tipos de evidencias en concreto deben ser admitidas o excluidas y qué peso, si las hay, se debe de dar a los elementos de las pruebas concretas admitidas, o si necesita de alguna evidencia más sobre cualquier cuestión que surja sobre el caso, y así sucesivamente. El tribunal tiene derecho a la cooperación de las partes en este sentido y está Asimismo facultado para tener en cuenta la calidad de dicha cooperación. Cuando el párrafo (2) de la Regla 34 dispone que “el tribunal tomará nota formal del incumplimiento de una parte para cumplir con sus obligaciones en virtud de [que] párrafo y de las razones aducidas para tal incumplimiento,” el sentido de esto, entre otras cosas, es sin duda que un tribunal determinado está autorizado específicamente para dibujar lo inferencias que estime conveniente para evitar que cualquiera de las partes deje de presentar pruebas que de otro modo podrían haberse esperado y nunca haberse producido”.<sup>443</sup>

---

<sup>442</sup> *Metal-Tech*, pfo. 245. *Vid.* también el caso *CCI No. 5622* (‘It is true that it is possible to prove something through indirect evidence and that Art. 8 of the Swiss CC (3) does not exclude indirect evidence’); asimismo en el caso del canal de Corfú (*Reino Unido c. Albania*), TIJ, fallo de 9 abril, 1949 ICJ Rep. 4, 18 (“States ‘should be allowed a more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence’”).

<sup>443</sup> *Rompetrol c. Rumanía*, pfo. 181

En el análisis final podemos observar que aunque las presunciones y las inferencias adversas pueden ayudar al tribunal arbitral a establecer suficientes pruebas, ya sean directas o circunstanciales a asignar una correcta carga de la prueba. Todavía quedan muchas zonas grises e incertidumbre que unido a la discreción de los delinquentes en dejar el menor número de pistas puede hacer muchas veces difícil la labor investigadora de si un tribunal está o no ante un caso de corrupción.

## **CAPÍTULO VII**

### **CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA PRUEBA**

#### **I. Interacción de las pruebas obtenidas por las autoridades y los tribunales arbitrales.**

##### *1. Aspectos analizados por los tribunales en procedimientos paralelos.*

En algunas ocasiones en las que una de las partes alega un hecho de corrupción en un arbitraje de inversión, como anteriormente hemos comentado, existe un proceso penal paralelo por el mismo hecho en curso en el Estado receptor. Lo que nos interesa analizar es qué sucede con las pruebas presentadas en ambos procesos, si pueden o no intercambiarse o compartirse entre el tribunal arbitral y el órgano investigativo del tribunal jurisdiccional dichas pruebas e indicios resultantes de las investigaciones.

En los supuestos en los que los tribunales arbitrales han admitido a trámite una alegación de corrupción y comprobaron que ya existía un procedimiento paralelo sobre dichas denuncias, los tribunales examinaros los siguientes aspectos:

a) Si las pruebas aportadas por las partes durante el arbitraje de inversión podrían ser enviadas a las autoridades investigadoras del Estado receptor de la inversión;

b) Si la prueba documental obtenida durante la investigación anticorrupción del proceso penal pueden ser utilizados como pruebas en el arbitral; y

c) Si se puede obligar a la entrega de dichos documentos al procedimiento arbitral.<sup>444</sup>

Para dar respuesta a estas cuestiones analizaremos tres casos del tribunal del CIADI.

En relación con la cuestión a) si las pruebas aportadas por las partes durante el arbitraje de inversión podrían ser enviadas a las autoridades investigativas del estado receptor de la inversión. No debemos de olvidar el principio de confidencialidad obliga a todos los participantes en el arbitraje a guardar la más estricta reserva de todo lo que suceda en el curso del mismo. Teniendo en cuenta dicho principio, el tribunal arbitral del caso EDF (services), dictaminó que se debía de entender como regla general, que todas las pruebas aportadas por las partes al proceso arbitral deberían de ser tratadas de forma confidencial. Sin embargo, el órgano anticorrupción jurisdiccional de Rumanía solicitó a la demandante que le remitiera copia de todas las declaraciones realizadas por los testigos durante el proceso arbitral. La demandante dio traslado de dicha prueba arbitral a los tribunales jurisdiccionales. El tribunal amonestó a dicha parte por haber compartido las pruebas sin previa autorización para poder divulgar dicha información. Por lo que consecuentemente concluyó que la demandante había violado la orden de confidencialidad.<sup>445</sup>

Una orden de confidencialidad en términos absolutos, puede provocar un dilema a una de las partes, generalmente la demandante, entre desobedecer al tribunal arbitral o no cooperar con el tribunal jurisdiccional. Por ello, posiblemente lo más acertado para no encontrarse ante dicho tipo de violación, sería que el tribunal contemple en la prohibición algún tipo de circunstancias bajo las que sí podría las partes divulgar parcialmente alguna pieza o documento

---

<sup>444</sup> J. Tirado, M. Page y D. Meagher, “Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión: los desafíos creados por la creciente convergencia de dos mundos hasta ahora casi separados” *Revista del Club Español del Arbitraje*, Vol. 19, No. 2, 2014, pp. 493-513.

<sup>445</sup> EDF (Services), Orden Procesal N.º 2, pfo. 37 a 40.

del expediente para de este modo no prohibir de manera taxativa la cooperación con el tribunal anticorrupción.

En relación con la segunda cuestión, esto es, si la prueba documental obtenida durante la investigación anticorrupción del proceso penal pueden ser utilizados como pruebas en el arbitral. En el caso *EDF (services)*, el tribunal decidió comparar, por un lado, la prueba testifical realizada por uno de los testigos ante el tribunal jurisdiccional rumano, con la emitida ante el tribunal arbitral, y ahí pudo constatar que el testimonio fue diferente en uno y otro estrado. El testigo negó tener conocimiento de ninguna solicitud de soborno realizada por parte del funcionario del Gobierno rumano ante el órgano anticorrupción, mientras que ante el tribunal arbitral admitió que si se le había solicitado sobornos.

*“The testimony of Mr. Marco Katz, a witness for Claimant, is of doubtful value. He denied initially, in 2002, when questioned by the PNA (later replaced by the DNA) having any knowledge of the person who solicited the bribe following which an investigation was opened by the DNA. The tribunal has examined closely the evidence made available by Claimant regarding the alleged request for a bribe. But he said in his written statement to the tribunal in these proceedings, dated July 2, 2007 that he had been immediately informed by Mr. Weil that the bribe request had been made by Mr. Sorin Tesu. On May 18, 2006, in a Statement delivered to the DNA, Mr. Katz mentioned the name of Mr. Sorin Tesu as the person who requested the payment of USD2.5 million from Mr. Weil”<sup>446</sup>.*

En el caso *Fraport*, en relación con esta misma cuestión b), la parte demandada alegó que la otra parte había violado la ley penal de Filipinas, por lo que consecuentemente, la inversión no había sido realizada “conforme” al Derecho filipino. Paralelamente a este arbitraje se inició un proceso ante un tribunal anticorrupción filipino, en relación con una posible violación de ley por parte del de-

---

<sup>446</sup> EDF (Services), Laudo, pfo. 223.



mandante. Finalmente Fraport fue absuelto por esta presunta violación.<sup>447</sup>

Para poder determinar si la inversión había sido hecha o no “conforme” al Derecho filipino, el tribunal solicitó a la parte demandada, el Gobierno filipino, que aportase el expediente obtenido de la investigación realizada por el órgano jurisdiccional competente. La demandada dio traslado al expediente de manera íntegra. Lo que permitió al tribunal comparar las pruebas documentales aportadas en ambos procesos y concluir que el expediente de la investigación jurisdiccional no contenía algunas de las pruebas presentadas durante el arbitraje. Por lo que el tribunal emitió un laudo en el que afirmaba que la demandante había actuado de manera contraria y en violación de la ley filipina por lo que la inversión no había sido realizada “conforme” al Derecho filipino y por lo tanto, el tribunal arbitral carecía de jurisdicción para entender del asunto.<sup>448</sup> Este laudo, como ya mencionamos anteriormente, fue anulado por un Comité de Anulación del CIADI por admitirse las alegaciones realizadas por la demandante, respecto a no habérsela permitido la posibilidad de presentar escritos con respecto a la aportación del expediente investigativo, ni con respecto a la interpretación de la ley penal filipina ya aludida.

En relación con la última cuestión, c) si se puede obligar a la entrega de dichos documentos al procedimiento arbitral. En el caso Niko Resources, los demandados (el Gobierno de Bangladés y dos entes públicos), solicitaron a la parte demandante que les diera traslado de todos los documentos que tuvieran en su poder sobre la in-

---

<sup>447</sup> Durante el inicio del procedimiento arbitral, el demandado solicitó autorización al tribunal para poder compartir con un órgano del Gobierno algunos de los documentos presentados por la otra parte durante el arbitraje. Dicha solicitud le fue denegada al demandado por considerar el tribunal que era contraria al principio de confidencialidad Fraport, Laudo, pfo. 40 y 388.

<sup>448</sup> Laudo *Fraport*, pfo. 67 (voto disidente emitido por el árbitro Dr. Bernardo Cremades). Posteriormente este laudo fue anulado.

investigación llevada a cabo por el órgano anticorrupción de Bangladesh<sup>449</sup>

Porque aparentemente los demandados no estaban al corriente de toda la investigación llevada a cabo por dicho órgano bangladés<sup>450</sup>

El tribunal arbitral rechazó dicha solicitud por considerar que de existir dicha prueba documental, debería de estar en posesión de los propios demandados, por ser ellos parte del propio Gobierno.<sup>451</sup>

## *2. Efectos de la inactividad de la jurisdicción judicial en la prueba arbitral*

En algunos supuestos anteriormente analizados, hemos podido comprobar, que antes de iniciarse el arbitraje de inversión, el Estado receptor ha incoado un procedimiento penal contra la otra parte, acusándole de haber realizado actos de corrupción. En la mayoría de estos casos, se ha podido detectar cierta inactividad o lentitud en la resolución del procedimiento criminal. Cabe preguntarse de qué manera puede afectar dicho comportamiento en el análisis que realice el tribunal arbitral. Y si la denuncia responde a una denuncia basada en hechos supuestamente delictivos o por el contrario es un subterfugio legal para dar una mayor fuerza a la alegación de corrupción realizada por el Estado ante el tribunal arbitral.<sup>452</sup> En el caso *Wena Hotels c. Egipto*, el demandado aseguró ante el tribunal que la otra parte había obtenido la adjudicación de su contrato tras sobornar a un funcionario público del sector de fomento del turismo. Durante el período de audiencia uno de los testigos propuestos, un ministro del Gobierno egipcio aseguró que había denunciado

---

<sup>449</sup> *Niko Resources*, pfo. 394 – 401.

<sup>450</sup> *Ibíd.*, pfo. 395. (48) *Niko Resources*, pfo. 394 - 401.

<sup>451</sup> *Ibíd.*, pfo. 414 - 421.

<sup>452</sup> Sobre este tema ver el análisis realizado en J. Tirado, M. Page y D. Meagher, “Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión: los desafíos creados por la creciente convergencia de dos mundos hasta ahora casi separados”, *loc. cit.*, pp. 89 y 90

ante las autoridades egipcias los presuntos actos de corrupción realizados por la demandante, sin embargo, dichas autoridades no investigaron los hechos, dicha postura afectó al tribunal arbitral y llevó a éste a considerar que no encontraba indicios suficientes para declarar ilegales las inversiones realizadas por Wena Hotels en Egipto.<sup>453</sup>

Posteriormente, la demandada intentó anular el laudo arbitral, alegando que el tribunal se había excedido manifiestamente en sus poderes al no haber aplicado el Derecho egipcio. Finalmente la falta de pruebas provocó el rechazo de dicha nulidad.<sup>454</sup>

En el caso *Flughafen c. Venezuela* provocó un efecto contrario, al tribunal le extrañó que durante tres años el fiscal no realizara gestión alguna sobre las acusaciones de corrupción realizadas supuestamente por un oficial público<sup>455</sup> y de hecho, el tribunal valoró que el escrito de acusación presentado por el Ministerio, debía entenderse que dicha institución era un órgano que forma parte del Estado, y por lo tanto, no podía valorarse como una prueba totalmente imparcial de la Administración de Justicia. Finalmente en su laudo el tribunal dictaminó que no existían pruebas suficientes para admitir la alegación de corrupción.

En *Niko Recourses c. Bangladesh*, el tribunal consideró que puesto que la agencia anticorrupción de Bangladesh no había en-

---

<sup>453</sup> *Wena Hotels*, Laudo, pfo. 116.

<sup>454</sup> *Wena Hotels*, Decisión del Comité de Anulación, pfo. 47.

<sup>455</sup> No sería hasta tres años más tarde, cuando el Fiscal del Estado presentó un escrito de acusación contra la persona el exgobernador como autor de un delito de “evasión de procedimientos de licitación y concierto de funcionario público con contratista” y otro contra los representantes del Consorcio: Leopoldo Espinoza Prieto y Jaime Verde Aldana. El fiscal entre otras muchas irregularidades alegó que el exgobernador y los representantes del Consorcio concertaron una reunión previa al concurso de carácter privado, reunión que en palabras de la fiscalía constituía: “originó a todas luces el descrédito de las instituciones del estado, así como la flagrante violación a los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y responsabilidad consagrados en la Constitución y las leyes...” Sobre la labor realizada por el Fiscal de Venezuela ver pfo. 90 y 91.

contrado pruebas suficientes para condenar a la demandante por un caso de supuestos delitos de corrupción<sup>456</sup>, dicho tribunal con las mismas pruebas no podía concluir de manera diferente, por lo que desestimó las alegaciones de corrupción presentadas por la demandada.<sup>457</sup>

En EDF, el Comité de Anulación de CIADI manifestó que los tribunales arbitrales de inversión deberían dar un mayor valor a las pruebas aportados por los órganos anticorrupción de los Estados receptor<sup>458</sup>. Por el contrario en el caso *Flughagen* anteriormente aludido, el tribunal resolvió que ambos procedimientos no son coincidentes y consecuentemente, puede ocurrir que la justicia penal venezolana adopte una sentencia diferente a la del laudo arbitral<sup>459</sup>

---

<sup>456</sup> *Niko Resources*, pfo. 425 a 426.

<sup>457</sup> *Ibíd.*, pfo. 463 a 464 y 483 a 485.

<sup>458</sup> *EDF (Services)*, Decisión del Comité de Anulación, pfo. 236.

<sup>459</sup> Sobre estas conclusiones ver pfos. 10 y 141.

## **II. Consecuencias jurídicas de pruebas objetivas de existencia de corrupción.**

### *1. Elementos determinantes*

Una gran mayoría de las reclamaciones que son presentadas ante los tribunales arbitrales, provienen de problemas que surgen de contratos de intermediarios. Como ya hemos indicado, generalmente la casuística de este tipo de contratos presentados ante los tribunales suelen ser: un intermediario cuya intervención es necesaria para ayudar a suscribir un contrato entre un Gobierno determinado y un alto cargo de la empresa; la reclamación versa sobre el impago de una comisión que se le adeuda al que hiciera de intermediario; otras veces, el intermediario ha sido el encargado de obtener un contrato con el Gobierno oportuno tras las aprobaciones y requisitos necesarios para la obtención del mismo, y el alto cargo de la empresa que se beneficiada de dicho contrato presenta el inicio de un arbitraje reclamando los pagos hechos a dicho intermediario porque consideran que no han cumplido con todos los requisitos y esfuerzos estipulados en el contrato; el Estado o entidad estatal que otorgó el contrato pretende que quede de manifiesto que la demandante adquirió el contrato mediante corrupción a través de sus representantes o intermediarios, lo que consecuentemente conlleva a que el demandante no está legitimado para ejercer cualquier pretensión contra él o cualquier reclamación basada en un contrato cuya nulidad afecta a la cláusula arbitral; cabe señalar también otro supuesto, aunque menos usual, en el que ambas partes son privadas y/o no existe un contrato de intermediario entre las partes. Un ejemplo de este último escenario, sería en el que una parte soborna a un agente de la otra parte privada con el fin de obtener un contrato con ésta última.

Atendiendo a estos arquetipos o supuestos de arbitraje comercial anteriormente planteados vamos a realizar un breve esbozo de las posibles consecuencias jurídicas generales de la constatación de la existencia de corrupción.

## 2. Jurisdicción del tribunal y la arbitrabilidad de actos de corrupción.

Como ya hemos establecido, la doctrina de la separabilidad de la cláusula arbitral<sup>460</sup> se mantiene en pleno vigor, aún en aquellos casos en los que la corrupción contamina el contrato subyacente de un acuerdo de sometimiento a arbitraje en caso de disputa. En el ya analizado caso *Fiona Trust & Holding Corporation c. Privalov* quedó totalmente de manifiesto la opinión de la Cámara de los Lores a cerca de la doctrina de la separabilidad, sentando jurisprudencia al decir que “el principio de separabilidad... significa que la invalidez o la rescisión del contrato principal no implica necesariamente la nulidad o rescisión del acuerdo arbitral. El acuerdo de arbitraje debe ser tratado como un contrato distinto que posteriormente puede ser declarado nulo o anulable, únicamente por motivos que tengan que ver de manera directa con el acuerdo de arbitraje.

Pese a la alegación realizada por la demandada de que la demandante, Fiona Trust, había adquirido el contrato de fideicomiso mediante prácticas corruptas, la Cámara de los Lores estimó oportuno que dicha alegación podría afectar al contrato principal, pero no al acuerdo de arbitraje que finalmente resultó ser válido. Todos los procedimientos judiciales resultaron favorables al arbitraje. A partir de esta sentencia, otras jurisdicciones y la mayoría de la jurisprudencia arbitral se han mostrado a favor de esta presunción de la cláusula de la separabilidad.<sup>461</sup>

---

<sup>460</sup> Vid. art. 16.1 de la Ley Modelo UNCITRAL; art. 6.4 del Reglamento de la CCI; art. 23.1 del Reglamento UNCITRAL de 2010.

<sup>461</sup> Vid. Caso *National Power Corporation (Philipinas) c. Westinghouse* (USA), Caso CCI No. 6401 de 1991; Caso CCI No. 3916 de 1982; Caso CCI No. 4145 de 1983, 1984 y 1986; Caso CCI No. 5622 Caso Hilmarton de 1988 a 1990; Caso CCI No. 5943 Northrop de 1990; Caso CCI No. 6248 de 1990; Caso CCI No. 6474 de 1992; *Shaikh Faisal t/a Gibca c. Swan Hunter Singapore Pte Ltd* [1995] 1 SLR 394; G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 2183; A. Crivellaro, “Arbitration Case Law on Bribery: Issues of arbitrability, contract validity, merits

### A) Caso *Northrop Corporation*

Especialmente en el caso *CCI No. 5943* en el que, Northrop Corporation, una compañía de defensa estadounidense, que pretendía vender sus aviones de combate F-20 al gobierno de Corea del Sur.

Con el fin de obtener una mayor comercialización, en 1983, Northrop contrató al Sr. Chong Kyu Park, un conocido hombre de negocios coreano con influyentes vínculos con la alta esfera del Gobierno de Corea. El Sr. Park, era un coronel del ejército, apodado “Pistol Park”, por su gran afición por las armas, además era un estrecho colaborador del ex-presidente Chun Doo Hwan.

Northrop, suscribió un acuerdo de consultoría con el Sr. Park y le pagó a este cierta cantidad de dinero por los servicios prestados. Posteriormente, Northrop, a través de una de sus empresas filiales, firmó un acuerdo con un grupo de Corea llamado Asia Culture Travel Development Co, con el fin de encontrar financiación para la construcción de un hotel, así como, un complejo de oficinas en Seúl, Corea del Sur. En 1984, Northrop, llegó a invertir más de seis millones de dólares americanos, los cuales depositó en una cuenta bancaria en Hong Kong a nombre de “Cultura de Asia”. Ninguna de las partes, tenía experiencia alguna en el negocio hotelero, de hecho Northrop nunca vendió avión alguno a Corea del Sur o ningún otro país. Por otro lado, Northrop no sólo no construyó ningún complejo hotelero ni oficina sino que tampoco, como ya hemos indicado vendió ningún F- 20, por lo que Northrop, exigió a Asia Cultura le reembolsara la cantidad que le había sido entregada a través de la cuenta bancaria. Por su parte, los socios de Corea se

---

and evidence” en K. Karsten and A. Berkeley (eds.), *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, op. cit., p. 117; R. Kreindler, “Aspects of illegality in the formation and performance of contracts”, 16th ICCA Congress, London, May 2002, Kreindler “Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts” loc cit., pp. 252-253; R. Kreindler, “Public Policy and Corruption in International Arbitration: A perspective for Russian Related Disputes” *Arbitration Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, vol.72 No. 3, 2006, pp. 245-246.

negaron a reembolsar la suma que Northrop les había entregado, por lo que Northrop inició un arbitraje ante los tribunales de la CCI.

El árbitro desestimó la demanda de Northrop tras el estudio de la misma, por considerar que ninguna de las partes, cuando suscribieron el acuerdo, tenían intención alguna de invertir en un hotel, tal y como se indicaba en el contrato. Uno de los hechos clave, que llevó a pronunciarse así al tribunal, fue que al realizar el ingreso de 6.250.000 millones de dólares americanos en una cuenta bancaria, dicha cuenta no era conjunta entre las partes, sino que por el contrario, era una cuenta sobre la que la demandante carecía de todo poder legar para disponer de la misma, Northrop no tenía control alguno sobre la cantidad una vez la hubo depositado. Además, dicha transferencia, se realizó, antes de que la cláusula de joint venture entrase en vigor y fuera legalmente necesario realizar dicho ingreso ya que todavía no existía aprobación gubernamental alguna para desarrollar la construcción del complejo hotelero, puesto que el mismo no había sido ni siquiera concebido por las autoridades reglamentarias. Es más, según se desprendió de las diligencias realizadas en el proceso, Northrop no adoptó las medidas cautelares oportunas típicas en este tipo de relaciones económicas comerciales, como son las de investigar el estado financiero de la empresa Asia Cultura que confirmaran y garantizaran la posibilidad de realizar esa inversión a la que conjuntamente pretendían realizar las partes. De hecho, no quedó constancia alguna, de que hubiera habido, siquiera una sola reunión entre los accionistas de Asia Cultura para aprobar dicha inversión con la demandada.

El árbitro señaló que si bien Northrop justificó la necesidad de que la inversión hotelera realizada por su empresa obedecía a una práctica usual en la industria de fluctuaciones monetarias para la compensación con el extranjero, la demandante, nunca puso en conocimiento dicha inversión con su gestor. Asimismo la falta de interés por la demandante por el proyecto de construcción hotelera, se desprendió por la falta de correspondencia existente entre las partes. Incluso la inexistencia de documentación entre los socios de la sociedad matriz, según los cuales, alegó la demandante, habían alcanzado sus decisiones sobre las inversiones a través de acuerdos



verbales secretos sin el consentimiento y autorización del Consejo de Administración de Northrop. Consecuentemente con todo lo anterior el tribunal decidió que Northrop había actuado con intención de violar la ley

*“This was not a situation where low level employees colluded to defraud Northrop, but instead Northrop was acting through its highest level of management in violation of the law.”*

El tribunal rechazó la demanda solicitada por Northrop, ya que no podía permitir que una persona jurídica se beneficiara de las actividades ilegales realizadas por su Administración. Atendiendo al marco legal coreano, según su Código Civil, “cuando en connivencia con otra persona o parte, se hace una declaración de intención y esta es ficticia, el acuerdo es nulo” por lo que el Árbitro, en base a dicho Art. Consideró que las partes habían actuado con una intención falsa al ingresar la cantidad en el banco coreano por lo que el acuerdo era nulo. Aunque afirmó que la cláusula de arbitraje no se vio afectada por la falta de validez del acuerdo, basándose en la doctrina de la separabilidad de la cláusula.

El juez consideró que las intenciones y actos realizados por las partes, constituyeron una violación de las leyes contra la corrupción, por lo que era totalmente imposible que a la demandante, se le pudieran devolver en virtud de aquel acuerdo las cantidades reclamadas. Sostuvo que era un principio fundamental en todas las Naciones civilizadas, que los pagos efectuados en violación de cualquier ley penal, nunca podrán ser reembolsados a cualquier persona que haya quebrantado dicha ley. El tribunal desestimó las pretensiones solicitadas por Northrop y ésta inició un arbitraje en la Corte Penal Internacional.

## B) Otros casos de arbitraje internacional

En este mismo sentido, la Corte de Casación francesa, también reconoció en materia de arbitraje internacional, en el caso *Gosset c.*

*Carapelli*<sup>462</sup> que el acuerdo arbitral contiene una autonomía jurídica propia, lo cual excluye que pueda ser jurídicamente afectada por una eventual invalidez del contrato.

Asimismo en el caso *Omenex c. Hugon*<sup>463</sup>, la corte de casación reafirmó y sostuvo en todo momento que el convenio arbitral no queda contaminado o afectado por la nulidad o inexistencia del contrato principal.<sup>464</sup>

Por lo tanto, ha quedado totalmente de manifiesto que los casos de corrupción en la actualidad, son materia de arbitraje<sup>465</sup>

La excepción a esta regla, sería el caso analizado anteriormente de la *CCI No. 1110* en la que el Juez Lagergren fue la nota discordante en esta materia.<sup>466</sup>

---

<sup>462</sup> Vid. tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 7 Mayo 1963, partes: *Raymond Gosset c. Frère Carapelli SpA*.

<sup>463</sup> Vid. *Société Omenex c. M. Hugon*, Cour de cassation, 25.10.2005 - 1re civ., arrêt n° 1389, *Rev. Arb.* 2006, 103; R. Rubio Guerrero, “El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, *Revista del circuito peruano de arbitraje*, No. 4, 2010-2011, pp. 101-112.

<sup>464</sup> Vid. J-F. Poudret y S. Besson *Comparative law of International Arbitration*, op. cit., p. 135 y 140; J-F Delvolvé. G. Pointon, *French Arbitration Law and Practice. A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, 2ª ed., 2009, Wolters Kluwer, p. 56.

<sup>465</sup> G.B. Born, *International Commercial Arbitration...*, op. cit. pp. 804-805; Crivellaro, “Arbitration case law on bribery: issues of arbitrability, contract validity, merits and evidence”, loc. cit., p.79; Kreindler “Aspects of Illegality”, loc.cit., Caso *CCI No. 4145* (1983 y 1984); Caso *CCI No. 6286* (1991).

<sup>466</sup> “Aquellas partes que se alían en una empresa de la naturaleza fraudulenta deben comprender que han perdido todo derecho a pedir la asistencia de la maquinaria de la justicia (tribunales nacionales o tribunales arbitrales) en la solución de sus controversias.”. En un principio la mayoría de la doctrina pensaba que el juez Lagergren se declaró incompetente porque consideraba que el acuerdo de arbitraje había sido contaminado por la corrupción, lo que habría significado que había fallado de forma contraria al principio de la separabilidad de la cláusula arbitral, sin embargo, estudios posteriores, han demostrado que él se refería a la disputa o diferencias que existían entre las partes y no al

En relación con los supuestos planteados al inicio de esta cuestión, el juez o el árbitro invariablemente serán competentes para resolver cualquier problema o controversia que verse en materia de corrupción, siendo dicha materia susceptible de arbitraje.

De lo anterior se desprende que cualquier tribunal está facultado y obligado a entender de las disputas que hayan surgido entre las partes, admitir a trámite las pruebas y argumentos presentadas sobre cualquier alegación de corrupción y a investigar tanto a instancia de parte como de oficio si fuere necesario cualquier aspecto que se le presenta si éste estuviese en manifiesta contradicción en el marco de la ley aplicable.

### *3. La admisibilidad y el fondo de la demanda.*

En el presente epígrafe analizaremos como una vez que ha sido constatada la existencia de corrupción, como afecta ésta a la admisibilidad y el fondo de las reclamaciones de parte corrupta.

Las cuestiones, de admisibilidad y fondo del asunto, vienen determinadas por la ley aplicable previamente elegida por las partes.

La gran mayoría de Ordenamientos Jurídicos establecen una distinción entre los contratos que se han obtenido mediante actos de corrupción y los contratos que contemplen la corrupción. Un ejemplo del primero, sería cuando una empresa extranjera, obtiene mediante un concurso o licitación un contrato y dicho contrato lo ha obtenido no únicamente por méritos propios si no mediante soborno, mientras que un contrato que prevea la corrupción estipulado la en él de manera tácita sería aquellos contratos de intermedia-

---

acuerdo arbitral. “...the arbitration agreement in ICC Case No. 1110 in fact truly constituted a wholly separate and independent agreement drawn up for the purpose of the reference after the dispute had arisen”. Vid. Wetter, “Issues of Corruption before International tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Largegren's 1963 Award in ICC Case No 1110”, *op. cit.*, vol. 52, 1994;

ción o asesoría que en realidad están enmascarando el pago de sobornos de una empresa a un tercero. Los contratos adquiridos mediante corrupción son meramente anulables a instancia de la parte inocente<sup>467</sup>, mientras que los contratos que se presentan con apariencia de legalidad pero en realidad prevén la corrupción son nulos y sin efecto<sup>468</sup>

---

<sup>467</sup> Generalmente, el Gobierno que proporcionó el la licitación mediante soborno no suele ser el mismo que alega la corrupción. *Vid.* caso *World Duty Free Company Limited c. la Republica of Kenia* párrafo 157: “—In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral tribunal.”citando entre otros: el caso *Panama & South Pacific. c. India. Works Company* (1875) 10 Ch. App. 515; *Armagas c. Mundogas* [1986] 1 A.C. 717; y *Logic Rose Ltd c. Southend United Fc Ltd* [1988] 1 WLR 1256). En esta misma línea: el Convenio Penal Europeo contra la corrupción en su art. 8. “Artículo 8. Corrupción pasiva en el sector privado. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes”.

<sup>468</sup> *Vid.* art. 20 del Código de obligaciones suizo(OR), *Vid.* F. Dessemon-tet y T. Ansay, *Introduction to Swiss Law*, Kluwer/Schulthess, 3 ed., 2004, p. 109; la Sección 134 de Código Civil Alemán (BGB);*Vid.* la nota explicativa del art. 8 emitida por el grupo encargado de la redacción del Convenio Penal europeo contra la corrupción: “*in most European countries, the contract the cause of which is illegal is null and void*”; P.Muchlinski, F. Ortino y C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 600 y 609

La ley inglesa adopta una postura contraria a lo anterior: *Vid.* N. Enon-chong, *Illegal Transactions. LLP Ltd*, 1998, p. 31; N. Enonchong, “Effects of Illegality: A Comparative Study in French and English Law”, *Int’l Comp. L.Q.*, vol. 44, n° 1, 1995, p.196; H.G. Beale, *Chitty on Contracts*, Sweet & Maxwell, 30th ed., 2008, pp. 16-010, “*illegal contracts are not devoid of legal*

### A) Caso *Honeywell c. Meydan Group*

Un claro ejemplo de un caso en el que se alegó que la demandante había obtenido su licitación mediante sobornos fue el caso *Honeywell c. Meydan Group*<sup>469</sup>. En 2007, Meydan, una sociedad constituida en Dubái celebró un contrato con Arabtec para que ésta realizara ciertas obras en el hipódromo de Meydan, sito en Dubái. Meydan a su vez, suscribió un contrato de consultoría con Teo A. King Desing (TAK) para que les ayude con el proyecto. Por su parte TAK invitó a Honeywell a presentar una oferta en la licitación para el suministro e instalación del sistema de voltaje (conocido como extra-low voltage (ELV) del sistema del circuito de carreras. Para asegurar su nominación en dicho concurso, Honeywell depositó junto con la documentación necesaria 142.000 USD.

En junio de 2008, Honeywell gana el concurso y es designado para instalar el sistema ELV. Sin embargo, aunque Honeywell comienza sus tareas de instalación, no se ha celebrado ningún contrato entre Arabtec y Honeywell. En enero de 2009 Meydan da por concluido su contrato con Arabtec, pero Honeywell continuó realizando sus trabajos dentro del recinto del hipódromo. No obstante lo anterior, en junio de ese mismo año, Honeywell firmó con Meydan un contrato de suministro e instalación del sistema de ELV para poder completar las obras. En julio de 2010, Honeywell suspendió las obras que estaba realizando porque desde diciembre de 2009 Meydan había dejado de pagar los honorarios a la demandante. En ese mismo año, Honeywell inició un arbitraje contra Meydan bajo las reglas del Centro de Arbitraje Internacional de Dubái (DIAC) reclamando las sumas que le adeudaba en virtud del contrato suscrito entre las partes.

---

*effect, but the ex turpi causa maxim entails that no action on the contract can be maintained*".

<sup>469</sup> caso de arbitraje Centro Internacional de Arbitraje de Dubái (DIAC) Caso 201/2010 y Caso 18/2012.

En un primer momento, Meydan no designó un árbitro que formara parte del tribunal, no obstante, el tribunal se constituyó y designó una audiencia para febrero de 2012. Sin embargo, antes de dicha audiencia, en enero, Meydan inició otro arbitraje ante el DIAC contra Honeywell (DIAC caso 18/2012). Finalmente, pese a que Meydan no participó en el primer arbitraje se emitió un laudo contrario a dicha empresa por el que debía pagar unos 20.4 millones USD. Cuando Honeywell intentó ejecutar el laudo ante los tribunales de Dubái, Meydan se opuso alegando que dicho laudo debería considerarse no válido debido a que el concurso se había obtenido mediante actos de sobornos a funcionarios públicos.

En noviembre de 2012, antes de que el tribunal de Primera Instancia de Dubái, adoptase alguna decisión sobre la ratificación y ejecución del laudo arbitral, Honeywell también interpuso ante los tribunales ingleses, en virtud de la Ley de Arbitraje inglesa (English Arbitration Act), una solicitud de ejecución en el Reino Unido del laudo arbitral.

En noviembre de 2012, Mr. Justice Akenhead emitió una orden ratificando el laudo emitido por el DIAC, haciendo constar, que dicha orden no tendría validez hasta que transcurriera 21 días. Durante ese período de tiempo Meydan podría acudir a la Corte impidiendo la ejecución si presentaba documentación que anulara dicha sentencia, si ese tiempo no se presentaba ninguna alegación en contra, la sentencia judicial se consideraría firme y con valor de cosa juzgada.

Mientras esto sucedía en Londres, en Dubái, en febrero de 2013, el DIAC emitió un laudo sobre el Caso 201/2012, el cual fue reconocido por los tribunales de Primera instancia de Dubái. Posteriormente, Meydan presentó una apelación en noviembre de ese mismo año.

Mientras tanto, el Ministerio Fiscal de Dubái abrió un procedimiento contra Honeywell por supuestos sobornos en octubre de 2013, actos estos constitutivos de delito en virtud de la ley de Emiratos Árabes Unidos y la Ley Federal de Procedimientos Civiles del país receptor (Federal Civil Procedures Law).

En agosto de 2013, el tribunal del DIAC, emitió su laudo sobre el Caso 18/2012 y dictaminó que debido a que las partes fueron idénticas a las del caso 201/2012 y la materia sobre la que solicitaba el arbitraje eran idéntica y por existir una sentencia por un tribunal de justicia, consideraron que carecían de jurisdicción sobre el caso ante ellos planteado por ser cosa juzgada.

No obstante lo anterior, en noviembre de 2013, Meydan presentó una serie de alegaciones ante el tribunal arbitral indicado que existía una investigación en curso contra Honeywell por actos de corrupción.

El juez de la corte inglesa, consideró que la alegación de corrupción por si mismas no son constitutivas de anular un laudo arbitral, salvo que existan pruebas concluyentes que demuestren dicha corrupción. Sin embargo, la demandada, Meydan, no sólo no alegó dichas evidencias en el momento oportuno del arbitraje sino que ha esperado a la ejecución del laudo.

*“...that the evidence to establish the fraud was not available to the party alleging the fraud at the time of the hearing before the arbitrators”. In this case I consider that that this condition was not fulfilled because the evidence to establish the alleged bribery was available to and could have been deployed by Meydan before the arbitrators made their award and the fact that Meydan did not participate in the arbitration does not, in my judgment, affect that position”.*

El laudo emitido en el caso 201/2010: el tribunal concluyó que Meydan debía pagar unos 20.4 millones USD a la demandante Honeywell.

El juez de la Corte inglesa ejecutó el laudo y consideraría su sentencia firme y con valor de cosa juzgada.

En el laudo del caso 18/2012: el tribunal dictaminó que debido a que las partes fueron idénticas a las del caso 201/2012 y la materia sobre la que solicitaba el arbitraje eran idéntica y por existir una sentencia por un tribunal de justicia, consideraron que carecían de jurisdicción sobre el caso ante ellos planteado por ser cosa juzgada.

La consecuencia jurídica entre un supuesto y otro es totalmente diferente: mientras que un contrato anulable es intrínsecamente válido e incluso de él pueden desprenderse medidas positivas para la parte inocente; un contrato nulo, debe darse de lado, ya que desde el principio es considerado totalmente ineficaz.<sup>470</sup>

Bajo el Derecho consuetudinario inglés, la parte inocente no está obligada a anular un contrato anulable, y puede optar por mantener vivo el contrato y hacer cumplir de acuerdo con sus términos.<sup>471</sup>

Si la parte inocente continúa con la observancia, aplicación y ejecución del contrato anulable, con conocimiento de las circunstancias que especiales que presenta dicho contrato anulable, puede perder el derecho a partir de entonces a rescindir el contrato<sup>472</sup>. Todo contrato anulable produce efectos mientras no se declare su invalidez, y para que dicha invalidez sobre venga al contrato, debe ser ejercida por una acción de anulabilidad, en nuestro caso, una acción que debe ser ejercitada por la parte inocente, pero el contrato no se volverá ineficaz hasta que no lo haya manifestado en este sentido la autoridad pertinente<sup>473</sup>. Tras dicha rescisión del contrato, la parte no involucrada con la corrupción podrá solicitar al juez la *restitutio in integrum*, es decir, puede solicitar que se “restaure” la posición de las partes como si en contrato nunca se hubiese llevado a cabo. Sin embargo, esta “restitutio” nunca podrá beneficiar a la parte que ha viciado el contrato mediante un acto de corrupción.<sup>474</sup>

---

<sup>470</sup> Así quedó reflejado en la experta opinión de Lord Mustill en el caso *World Duty Free c. Kenia* en su párrafo 164.

<sup>471</sup> Vid. Experta opinión de Lord Mustill en el caso *World Duty Free c. Kenia*.

<sup>472</sup> *Ibíd.*

<sup>473</sup> “... it is no bar to avoidance of [such a] contract that the innocent party may previously have committed a breach of that contract” En este sentido: *World Duty Free* *ibid.* párrafo 183; *Barry c. Stoney Point Canning Co.* (1917) 55 SCR 51.

<sup>474</sup> Vid. *World Duty Free* párrafo 186 citando *LogicRose Ltd c. Southend United Fc Ltd*, 1988, 1 WLR 1256. Vid. H.G. Beale, *Chitty on Contracts*, op. cit., pp. 29-156 y Oxford Handbook, loc cit., p. 601.



Las normas aplicables a los contratos anulables, sirven para poder determinar si una de las partes a inducido a celebrar un contrato ocultando a la otra parte que este se había celebrado a través de la corrupción llevada a cabo por un agente, la parte inocente puede rescindir el contrato tal y como hemos indicado anteriormente en los ejemplos analizados. Un ejemplo clarificador sería el caso *World Duty Free* en el que el contrato finalmente fue anulado por la parte que fue víctima de la corrupción, Kenia. En este caso, el inversor extranjero, *World Duty Free*, una empresa de Isla del Hombre, inició un arbitraje ante el CIADI contra el Estado de Kenia en virtud de una cláusula de arbitraje que contenía el contrato que había firmado con el anterior Gobierno. Durante el procedimiento arbitral, el inversor presentó una serie de pruebas entre las que admitía haber realizado el pago de 2 millones de dólares americanos a funcionarios próximos al entonces presidente de Kenia, el Sr. Daniel Arap Moi con el fin de poder realizar negocios con el entonces Gobierno de Kenia.<sup>475</sup> Las conclusiones del tribunal fue que no cabía duda alguna que se realizó un soborno para obtener el contrato.<sup>476</sup> La ley aplicable al contrato fue la Ley inglesa, aunque existió cierta controversia entre aplicar esta ley o la de Kenia, sin embargo, el tribunal consideró que ambas leyes eran prácticamente idénticas respecto de las cuestiones objeto de controversia entre las partes<sup>477</sup>.

El contrato fue considerado anulable a instancia de la demandada (el Estado de Kenia), ya que el contrato había sido obtenido mediante corrupción por una agente público.<sup>478</sup> Kenia dio traslado de su propuesta de resolución del contrato en la contra demanda, poco después de que el expresidente admitiese haber aceptado el soborno entregado por la demandante.<sup>479</sup> El tribunal emitió un laudo por el que se desestimó íntegramente todas las demandas presentadas por

---

<sup>475</sup> *Vid.* *World Duty Free* párrafo 66.

<sup>476</sup> *Ibíd.* párrafo 136.

<sup>477</sup> *Ibíd.* párrafo 158 y 159

<sup>478</sup> *Ibíd.* párrafo 164 y 182.

<sup>479</sup> *Ibíd.* párrafo 182 y 183.

los inversores como consecuencia del incumplimiento del contrato.<sup>480</sup>

En cuanto a los contratos que prevén la corrupción, sin que ninguna de las partes haya adoptado medida alguna para evitarla, los tribunales no pueden atender a la letra del contrato, ya que este es totalmente nulo desde su nacimiento y por lo tanto deben ser tomados como inexistentes, por lo que debe ser tenido como no apto para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas. El contrato debe ser considerado como no realizado (*nullum est negotium; nihil est actum*). De tal modo que los tribunales no podrán proporcionar a ninguna de las partes ninguna acción de restitución que se derive del contrato, ni hay, por tanto, prestaciones que cumplir, ni pueden ser exigidas.<sup>481</sup>

Este tipo de contratos, son considerados nulos y sin efectos al amparo de la ley aplicable.<sup>482</sup> De tal modo, que ninguna de las partes poseen la facultad de realizar cualquier reclamación fundada o al amparo del contrato, ya sea de naturaleza contractual o de cualquier tipo de restitución, a tenor del principio inglés *ex Turpi causa non oritur actio* (e una causa inmoral no nace el derecho a ejercitar una acción) o *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (no se oye a quien alega la propia torpeza), *in pari delicto potior est conditio defendentis* —una aplicación clara del § 817 (2) BGB— cuyo fin es el de excluir la repetición de quien a sabiendas se comporta inmoralmente<sup>483</sup>.

---

<sup>480</sup> *Ibíd.* párrafo 182 y 185.

<sup>481</sup> *Vid.* H.G. Beale, *Chitty on Contracts*, *op. cit.*, pp. 16-007

<sup>482</sup> *Vid.* Convenio Penal europeo contra la corrupción anteriormente mencionado, y las leyes alemanas y suizas.

<sup>483</sup> *Vid.* casos *Holman c. Johnson* (1775) 1 Cowp 341, *ex turpi causa tort law*, y *Harry Parker c. Mason* [1940] 2 K.B. 590. La doctrina de “las manos limpias” se aplica tanto a las reclamaciones sustentadas en el contrato como fuera de éste. *Vid.* G. Dannemann, “Illegality as Defence Against Unjust Enrichment Claims”, *Oxford University Comparative Law, Forum*, 2000, p.4., available en <ouclf.iuscomp.org> (discussing the Clean Hands Doctrine in the context of restitutionary claims); N. Enonchong, *Illegal Transactions*, *op. cit.*,

Estas máximas son todas ellas principios seguidos por la doctrina denominada, “manos limpias”, por las que se prohíbe admitir cualquier reclamación que haya sido formulada por una parte que haya realizado una conducta ilegal o inapropiada en relación con las afirmaciones vertidas en el proceso. Reclamaciones contaminadas por hechos ilícitos que no deben encontrar recompensa ni éxito alguno. Pese a que esta doctrina se remonta al Derecho romano, al día de hoy todavía es aplicable en muchos Ordenamientos Jurídicos<sup>484</sup>. Esta ilicitud, opera como un obstáculo procesal a la hora de admitir a trámite una demanda.<sup>485</sup>

Cuando la ley aplicable refleja estos principios, cualquier contrato obtenido entre una empresa y un intermediario con la intención de procurar corruptamente un beneficio a un tercero, dicho beneficio no puede ser exigible ni cuantificable mediante suma de dinero o bienes transferibles en virtud del acuerdo corrupto objeto de re-

---

(discussing the Clean Hands Doctrine in the context of, inter alia, contractual, restitutionary, and proprietary claims); R. Kreindler “Aspects of illegality in the formation and performance of contracts”, *loc. cit.*, pp. 321-322 (citing inter alia, Section 242 German Civil Code (BGB) and the Californian decisions *Camp c. Mangels* 35 Cal. App. 4th 620 y el caso *Bain c. Doctro’s Co.* 222 Cal. App. 3d 1048); N. Enonchong “Effects of Illegality: A Comparative Study in French and English Law” op cit.; and W. Swadling, “The Role of Illegality in the English Law of Unjust Enrichment”, *Oxford University Comparative Law, Forum* 4, 2000, available at <ouclf.iuscomp.org>.

<sup>484</sup> G. Dannemann “Illegality as Defence Against Unjust Enrichment Claims”, *loc. cit.*, citando el Código Civil Checo y Eslovaco de 1992). *Vid.* R. Kreindler “Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts”, *loc. cit.*, pp. 317-318 (citando, inter alia, ss. 242 and 817(2) Código Civil Alemán) y C.B. Lamm, H. T. Pham, y R. Moloo, “Fraud and Corruption in International Arbitration”, *loc. cit.*, p. 728.

<sup>485</sup> *Vid.* World Duty Free párrafo 160 y 180; G. Dannemann, “Illegality as Defence Against Unjust Enrichment Claims”, *loc. cit.*, (the *nemo auditur turpitudinem suam allegans* and *ex turpi causa non oritur action* maxims are —procedural and, technically speaking, not a defence but a limitation in making a claim”; R. Kreindler “Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts”, *loc. cit.*, pp. 323-327; C.B. Lamm, H. T. Pham, y R. Moloo, “Fraud and Corruption in International Arbitration”, *loc. cit.*, pp. 723-726.

clamación.<sup>486</sup> Generalmente, el dinero o bienes transferidos en virtud del acuerdo que pueda surgir de este tipo de contratos, constituyen el objeto de la reclamación.

Por lo que un intermediario o asesor corrupto, pese a haber cumplido íntegramente con sus obligaciones contractuales, dicha parte carece de acción jurídica para reclamar la comisión que le puede adeudar la otra parte también corrupta. De igual modo, y a la inversa, tampoco podría reclamar la empresa corrupta los anticipos pagados al intermediario o asesor corrupto porque éste no haya cumplido sus obligaciones, aunque sí podría ejercitar una acción contra dicho intermediario en el marco que sea designado por un tribunal como un intermediario ilegal.

#### B) Caso CCI No. 6248.

En este sentido, se pronunció el tribunal de la CCI en el caso No. 6248 en el que el demandante, un arquitecto que formaba parte de una firma que actuaba como intermediaria y consultora para una empresa de construcción, cuya finalidad del contrato era la de conseguir a su vez un contrato público, sobre un proyecto construcción (en adelante el proyecto), que el Gobierno de un país de oriente medio estaba licitando.

En el acuerdo que firmaron las partes, se incluía una cláusula de joint venture y otra de sumisión a arbitraje en caso de discrepancias sobre el mismo.

El demandado, había contratado a su vez, un grupo para construir el referido proyecto, con dicho grupo se llegó a firmar un contrato de supervisión con la firma de arquitectos cuyo cometido era el de supervisar el rendimiento del demandado.

---

<sup>486</sup> H.G. Beale, *Chitty on Contracts. op. cit.* pp.16-010 y 16-177. Vid. *Aphorp c. Neville* (1907) 23 TLR 575 y *Parkinson c. College of Ambulance Ltd* [1925] 2 K.B. 1.

En el contexto de dicho proyecto, las partes ejecutaron varios acuerdos por los que la demandante en calidad de consultora del demandado, ayudaría a garantizar un ahorro en el coste del proyecto, así como la adquisición de las extensiones del valor total de dicho proyecto en forma de obras complementarias.

Asimismo, en el último acuerdo firmado con el demandado, se fijó una cantidad determinada en concepto de indemnización la cual quedó fijada como “gross maximum compensatio”, es decir, el máximo de indemnización bruta. Este último contrato, como ya hemos indicado antes, contenía una cláusula de sumisión a la Corte de Arbitraje de la CCI, sita en Zúrich, Suiza.

*“This...Agreement shall be governed by and construed in accordance with the Swiss Federal Code of Obligations. The complete or partial invalidity or unenforceability of any part or parts of this Agreement shall in no way affect the validity and enforceability of the whole...”*

Por lo anteriormente expuesto, el acuerdo en caso de posibles diferencias se regiría por el Código Federal Suizo de Obligaciones.

Llegado el momento de realizar el pago por parte de la demandada, ésta se negó a realizar el pago a la demandante. Por lo que en virtud del acuerdo que existía entre las partes, la demandante, inició una solicitud de arbitraje, exigiendo el pago de la indemnización que se le adeudaban.

La demandada, alegó que la demandante no era más que una dirección de un apartado postal de correos, para de esta manera, poder dar cobertura a las actividades impropias que la demandada venía realizada como directora de la firma de arquitectos.

Asimismo, la demandada también alegó que la demandante abusó de su posición como consultor del Grupo con el fin de poder extorsionar los pagos que la demandada pudiera obtener para su beneficio privado, y que ésta no actuaba exclusivamente en interés del grupo.

Por consiguiente, el contrato de consultoría debería declararse por el tribunal como nulo y contario a las “*bonos mores*”

El tribunal en primer lugar revisó su propia jurisdicción para conocer el caso, a pesar de que ninguna de las partes alegaron objeción alguna a la misma. Sin embargo el tribunal consideró que si era necesario plantearse dicha cuestión en base a las alegaciones que fueron presentadas por la demandada, al denunciar que la demandante llevó a cabo actividades contrarias a las buenas costumbres y al orden público, argumento éste, muy similar al ya presentado en el caso *No. 1110* de 1963.

El tribunal, revisó al art. 8.e de las Reglas de Conciliación y Arbitraje y el art. 178.3 de la ley Suiza de Derecho Internacional Privado:

*“The validity of an Arbitration agreement cannot be contested on the ground that the main contract is no valid or that the Arbitration agreement concerns a dispute which has not yet arisen”*

En virtud de dicho artículo el tribunal llegó a la conclusión de que un acuerdo de arbitraje no puede ser impugnado por considerar que el contrato principal no fuera válido.

Este principio de divisibilidad o separabilidad, es la tendencia mayoritariamente adoptada por los tribunales arbitrales, por la que se considera que una cláusula viciada, no tiene por qué afectar la existencia ni la validez del resto del contrato. Por ello en consecuencia con lo anterior, el tribunal dictaminó que tenía jurisdicción para emitir un laudo sobre el asunto, aunque posteriormente, entrando en el fondo del asunto se dictamine que el contrato fuere nulo y sin efectos.

El tribunal admitió que la ley suiza fuera la ley sustantiva de aplicación al contrato, y en aplicación de la misma, todos los contratos que fueran contrarios a las costumbres serían nulos y sin efecto. Para determinar si el contrato de consultoría violaba los principios éticos o sociales, el tribunal analizó cuales fueron las

verdaderas intenciones de las partes al firmar dicho contrato. Bajo la ley suiza, los contratos de servicios, con o sin derechos fiduciarios entre ellos, los de arquitectura, conllevan una serie de características especiales. Y debido a que las partes eligieron expresamente la ley suiza, el tribunal no tuvo en cuenta las alegaciones realizadas por la demandante, referente a que en el país en el que se cumplió el contrato, era común realizar una serie de prácticas afines a la moral y costumbre del medio oeste, pero contraria a la suiza y ya que en el contrato se indicaba explícitamente que la ley elegida era la suiza, el tribunal por lo tanto, consideró irrelevante dichas alegaciones y dentro del marco de la legislación suiza dicho contrato era nulo y sin efecto, así como contrario a las bonos mores.

En base al comportamiento adoptado por ambas partes, el demandante actuó en todo momento de manera contraria a los intereses de la empresa para la que trabajaba y que concederle las demandas solicitadas por el mismo sería como entregar un premio a un traidor (“traitor’s rewards”) ya que las comisiones o soborno que pretendió cobrar, fue por la posición beneficiosa que disfrutaba dentro de su empresa.

*“...defendant had retained claimant against an important remuneration to secretly exercise influence on the decisions of the Group for the benefit of the defendant and that this common intent was opposed to the interests which the architectural firm had to represent under its special fiduciary duties resulting from the Supervision Contract.”*

58 *“All characteristic elements of an offensive secret commission agreement are assembled in the Last Agreement: Claimant and defendant intended to secretly exercise influence on the decisions of the Group for defendant's benefit by inducing the architectural firm to disregard the Group's privileged fiduciary rights under the Supervision Contract.*

59 *“It was the common intent of claimant and defendant when they entered into the Last Agreement that claimant would render the planned services exclusively through its consultant Mr. Z. Both parties to such agreement knew*

*“... a) that Mr. Z would be in a position to represent defendant's interests successfully since he was the partner in charge of the Project within the Group's consultant the architectural firm,*

*b) that the architectural firm had strict and marked fiduciary duties to represent the interests of the Group as the owner of the Project,*

*c) that the owner's interests were clearly opposed to defendant's interests.*

*60 "Claimant promised to render its services against an important remuneration which was made dependent on the extent to which the exercising of influence was beneficial to defendant. In some instances, defendant's economic advantages, resulting from such influence, corresponded to similar economic disadvantages on the side of the Group.*

*61 "Thus, this Award concludes that the Last Agreement represents a particularly offensive violation of a third party's rights. It is therefore entirely null and void pursuant to Art. 20 CO.*

*62 "Although defendant participated in the conclusion of the immoral contract and took advantage of claimant's activities, it is - contrary to claimant's opinion - not estopped from invoking the nullity by the general provisions in Art. 2(2) CC (abuse of a person's rights) (see J.-B. Zufferey-Werro, *Le contrat contraire aux bonnes mœurs* (1988) nr. 1643). Consequently, claimant's claim must be rejected in its entirety."*

El tribunal hizo destacar que ninguna de las partes, tenía su domicilio social en Suiza, Asimismo también puso énfasis en que todos los acuerdos de la Comisión, disfrutaban del derecho de secreto y que la prohibición de divulgación alguna sobre dichos acuerdos, es conforme al Orden Público Internacional, así como a los intereses internacionales y el interés en general del buen funcionamiento del comercio internacional, el cual parece coincidir en la necesidad de la exclusión de la corrupción para el buen funcionamiento de dichas transacciones .

Estos principios son también seguidos en el ámbito del Arbitraje Comercial Internacional

Por todo lo anterior, el tribunal concluyó que el acuerdo de consultoría fue nulo y sin efecto por efectuarse de una violación de los derechos de un tercero y que ambas partes pretendían beneficiarse mediante una actitud corrupta.

No obstante lo anterior, se debe matizar, que el intermediario únicamente puede ser declarado ilegal por el tribunal oportuno, en



aquellos supuestos en los que la otra parte, pagadora de las comisiones, no tenía conocimiento de que éste tenía intención de realizar actos de corrupción. En ese caso, si podrá ampararse en la letra del contrato para reclamar las cantidades entregadas. Ya que en ese caso, el contrato seguiría siendo legal.

El hecho de que una de las partes tenga la intención de ejecutar el contrato de manera ilícita, no hace que el contrato devenga totalmente ilegal, ya que la otra parte no estaría en delicto pari o delictum.

Por lo que consecuentemente, la parte que no ha cometido un acto de corrupción, podrá recuperar, tal y como hemos indicado, los pagos realizados por el intermediario en concepto de sobornos a funcionarios públicos con la intención de obtener un contrato o cualquier tipo de beneficio empresarial.<sup>487</sup>

---

<sup>487</sup> Vid. M. Hwang S.C. y K. Lim “Corruption in Arbitration— Law and Reality”, *Asian International Arbitration Journal (AIAJ)*, mayo 2012, pp. 1-81. Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts*, 6ª ed., Sweet & Maxwell, 2015, [7.11]), H.G. Beale, *Chitty on Contracts*, op. cit. [12-026], [16-011], [24-50], y [29-054]-[29-059]. Vid. caso *Armagas Ltd c. Mundogas SA* [1986] AC 717 at 744-745);

### III. Efectos de los indicios de corrupción

#### 1. *Perspectivas en presencia*

Como ya se ha señalado, aunque parece que las alegaciones de corrupción podría haberse convertido en una “moda” o “tendencia” de estos últimos años, de ser utilizada con el fin de solucionar y evadirse de las resoluciones emitidas en los laudos de arbitrajes de inversión, en realidad no es así, ya que en el año 1992 esta técnica ya fue utilizada en el caso *SPP c. Egipto*.

Si bien es cierto que el número de alegatos sobre corrupción han crecido más durante estos últimos años. La gran mayoría tuvieron lugar entre los años 2007 a 2010. *World Duty Free c. Kenia* fue uno de los más representativos y quizás marcó un punto de inflexión y debido a la contante citación de este laudo, es probable que también se podría decir que uno de los más importantes en la jurisprudencia arbitral contra la corrupción.

Esto no significa, que las acusaciones de corrupción alegadas posteriormente a este caso, sigan la misma trayectoria y estrategia jurídica. Cada vez más, se han planteado ante los tribunales arbitrales, presuntos supuestos de sobornos, que han tenido que ser examinados y resueltos por esta jurisdicción. Dada la ubicuidad desafortunada de la corrupción en la vida cotidiana, sin duda habrá, hasta que pase algo más de tiempo, una escasez de materia prima en el ámbito de la inversión extranjera en la que este tema se pueda alcanzar una fácil y pacífica resolución.

Sin embargo, si desde el ámbito jurídico legal, la corrupción no es tomada en cuenta cuando esta es alegada, y considerada como el problema social que es, lo demuestra el hecho de que cada vez más está siendo regulada en el ámbito de internacional,<sup>488</sup> y es tratada de manera uniforme a dicha legislación nacional y transnacional, el

---

<sup>488</sup> *Vid.* capítulo anterior de esta obra.

futuro del arbitraje internacional va a ser un futuro algo confuso en tanto en cuanto no encuentre esa armonía con las leyes transnacionales promulgadas en sobre esta materia.

A) En el arbitraje de inversión: *Caso Flughafen Zürich A.G.*

En el caso Flughafen Zürich c. Venezuela en noviembre de 2014, el tribunal del Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) condenó a la demandada República Boliviana de Venezuela al pago de una compensación a los demandantes Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. por la expropiación directa que realizó sobre las inversiones extranjeras de éstas en el Estado venezolano. En este laudo se puso de manifiesto la carga y los estándares de la prueba en las alegaciones de corrupción.

Flughafen Zürich A.G. (/en adelante Flughafen Zürich), una empresa suiza constituida bajo las leyes de la Confederación suiza junto con la compañía Gestión e Ingeniería IDC, S.A. (en adelante IDC), constituida bajo las leyes chilenas, presentan una solicitud de arbitraje contra la República Boliviana de Venezuela (en adelante ambas conocidas como el Consorcio). La demandante alega que la expropiación realizada sobre el derecho de administración y explotación que ésta mantenía sobre el aeropuerto internacional del Caribe, conocido como el aeropuerto “general Santiago Mariño”, no fue realizada conforme a Derecho ni ajustada a una compensación efectiva ni adecuada. Las demandantes presentaron su solicitud de arbitraje ante el CIADI en base a la violación de los Acuerdos entre la Confederación Suiza y la República de Venezuela sobre Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones [“APPRI Suiza-Venezuela”] de 18 de noviembre de 1993 y entre la República de Chile y la de Venezuela sobre Promoción y Protección [“APPRI Chile-Venezuela”] de 2 de abril de 1993.

Los antecedentes de hecho y procesales alegados por las partes fueron los siguientes:

En febrero de 2004 tras la promulgación del Decreto 1.188, la Gobernación del Estado de Venezuela adjudicaba la prestación del servicio público aeroportuario del Aeropuerto de Margarita a los demandantes. Al día siguiente se firmaría un Contrato conocido como “Contrato de Alianza Estratégica” entre el Estado de Nueva Esparta y los demandantes, constituidos como un “Consortio” para poder superar los requisitos legales necesarios para acceder al concurso. El contrato firmado debía de tener una duración de 20 años, hasta marzo de 2024. Finalmente, en marzo de 2004, el Consortio asumió el control del aeropuerto y crearon varias estructuras societarias con el fin de poder gestionar debidamente sus derechos y obligaciones, todo ello supervisado por el Estado de Nueva Esparta.

Los problemas surgirían cuando en marzo de 2004, el Gobernador se personó ante la Asamblea Nacional para desistir formalmente del Contrato Alianza Estratégica. Consecuentemente, ante dicha actuación, el Consejo Legislativo de Nueva Esparta tomó la decisión de solicitar ante el tribunal Supremo de la Nación la declaración de la nulidad del contrato. En noviembre de ese mismo año, se nombró un nuevo Gobernador del Estado de Nueva Esparta. Las acciones por parte del nuevo Gobernador no se hacen esperar y en junio de 2005 ordena la incoación de un procedimiento administrativo para investigar la legalidad de la adjudicación de la licitación del Contrato obtenido por el Consortio y si es necesario la revocación del mencionado Decreto 1.188. El Consortio presentó recurso de amparo ante el tribunal Constitucional y una medida cautelar ante el Juzgado Superior de la Región Nor-Oriental, medida ésta que le fue concedida preventivamente en la que se ordenaba a la Gobernación de Nueva Esparta a mantener intactos todos los derechos contractuales obtenidos por el Consortio.

No obstante el mandato anterior, ese mismo día, el Gobernador dictó la Resolución No. 0001-5 por la que revoca el Decreto dictado por el anterior Gobernador y declara inexistente el Contrato por lo que lo deja sin efectos de manera inmediata aludiendo vicios en el procedimiento. Lo que lleva a tomar el control del Aeropuerto por parte de las fuerzas públicas del Estado. Tras la solicitud del Consortio de un nuevo amparo judicial, el Juzgado Superior Con-

tencioso Administrativo ordena a la Gobernación que restituya la dirección del aeropuerto al Consorcio. En diciembre de 2005 la Gobernación encargó una auditoría técnica de las gestiones realizadas en el Aeropuerto para comprobar si se había incumplido el Contrato. Como consecuencia de dicha inspección, se volvió a rescindir el Contrato, frente a lo que la demandante interpuso nuevamente una acción de amparo constitucional y cautelar, la cual le fue nuevamente otorgada en diciembre de 2005. A pesar de todo lo anterior el Gobernador, dictó un Oficio de intervención por el que se designaba a una persona física como interventor del aeropuerto, a cuya disposición deberían quedar todos los bienes. El demandado tomó una vez más el control del aeropuerto mediante la fuerza coercitiva de los cuerpos policiales del Estado. La demandante vuelve a solicitar amparo judicial, el cual le fue concedido en junio del 2006, en su sentencia el Juzgado dictaminó que la Gobernación de Nueva Esparta había incurrido en graves violaciones de los derechos del demandante por lo que debería devolver la explotación del aeropuerto al Consorcio. En este orden de sucesos, el Gobernador dictó el Decreto No. 806/2006, por el que se le devolvía a el control al Consorcio con una serie de limitaciones, entre la que cabe destacar la más importante, la de poder realizar un rescate anticipado de la concesión otorgada a la demandante en aplicación de la cláusula 41 del contrato, esto es:

“... por razones de interés público debidamente motivadas, asumir la prestación directa del servicio aeroportuario y declarar resuelto este Convenio”

La Gobernación vuelve a asumir tanto la gestión como el control del aeropuerto. Hasta que en febrero de 2007, el Consejo Legislativo, declaró la “responsabilidad política” del exgobernador Alexis Navarro Rojas, por haber concedido durante su mandato a través de concurso más que dudoso, la gestión al Consorcio.

Paralelamente a estos hechos, se incoa un proceso penal en mayo de 2007, ya que la fiscalía del Estado determinó que existían indicios suficientes de irregularidades cometidas en la adjudicación del Contrato de adjudicación otorgado por el exgobernador al Consor-

cio. No sería hasta tres años más tarde, cuando el Fiscal del Estado presentó un escrito de acusación contra la persona el exgobernador como autor de un delito de “evasión de procedimientos de licitación y concierto de funcionario público con contratista” y otro contra los representantes del Consorcio: Leopoldo Espinoza Prieto y Jaime Verde Aldana. El fiscal entre otras muchas irregularidades alegó que el exgobernador y los representantes del Consorcio concertaron una reunión previa al concurso de carácter privado, reunión que en palabras de la fiscalía constituía:

“... originó a todas luces el descrédito de las instituciones del estado, así como la flagrante violación a los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y responsabilidad consagrados en la Constitución y las leyes...”

Durante la fase de Audiencia del procedimiento arbitral, el tribunal solicitó a las partes, cabe decir que en especial a Venezuela, debido a que las parte demandante no es parte del proceso penal, sino alguno de los miembros de sus empresas, que diesen traslado a dicho tribunal arbitral de toda la información posible del proceso penal en curso. Sin embargo, la demandada no aportó dicha documentación. Únicamente declaró que “el proceso seguía su curso”.

Finalmente, los hechos se precisarían cuando en marzo de 2009 tras la aprobación de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, se transfirieron las competencias cedidas a los Estados sobre la conservación, administración y aprovechamiento de bienes o servicios de algunos bienes de interés público al Poder Nacional. En marzo de 2009, el entonces presidente Chávez ordenó que una serie de puertos y aeropuertos deberían ser recuperados y entre ellos se encontraba el aeropuerto que nos ocupa. Hasta el final del procedimiento arbitral el aeropuerto continuó en manos del Poder Nacional y ni el proceso administrativo ni el resto de procedimientos iniciados, entre los que se encontraban el penal hubieron finalizado ni existió sentencia firme sobre las disputas incoadas.

Las objeciones a la jurisdicción principales presentadas por la demandada fueron: que las reclamaciones planteadas por la otra parte eran meramente de carácter contractual; que los derechos alegados en base al APPRI Suiza-Venezuela carecen de fundamento; que no se han agotado los recursos internos previos y necesarios, por los que la demandante no podría alegar “denegación de justicia”; el carácter de instrumentalidad pública de la demandante Flughafen Zürich; inexistencia de inversiones protegidas bajo el Convenio CIADI y los APPRI debido a que la inversión habría sido realizada en contravención del Derecho Público venezolano. Sobre este último punto, las alegaciones hechas por la demandada fueron que el Contrato había sido adjudicado por parte de las autoridades entonces en el cargo mediante actos de corrupción penados por la “ley venezolana contra la corrupción, la Constitución venezolana y la del Estado de Nueva Esparta, así como violación de la Ley de Concesiones de Obras y Servicios Públicos del Estado de Nueva Esparta (LCONE).

El tribunal analizó en primer lugar, la objeción realizada por la demandada con carácter *ratione materiae*, es decir, la alegación de una posible contravención del Derecho público venezolano y la ausencia de contribución y riesgo. Según alegó dicha parte, la demandante no tenía protección al amparo de los APPRI y el CIADI carecía de jurisdicción y el tribunal de competencia, principalmente porque la adjudicación del contrato se hizo mediante la realización de actos corruptos y por violación de la Constitución venezolana, la de Nueva Esparta y la ley LCONe. Para resolver dicha objeción, el tribunal procedió a revisar si se las inversiones realizadas por la demandante habían sido hechas conforme a las leyes y reglamentos del Estado receptor y si el Contrato había sido otorgado de acuerdo al Derecho internacional público. Para poder resolver estas cuestiones, decidió analizar la acusación de corrupción para después estudiar si el Contrato se realizó en fraude de ley.

El tribunal dictaminó que la acusación de corrupción era una alegación de “extraordinaria gravedad” y que de existir ésta los demandantes carecerían de legitimación activa y como consecuencia de haber obtenido su inversión mediante un Contrato corrupto, habría perdido el “derecho” a invocar el Derecho internacional para

poder defenderse de las acusaciones. En esta misma línea de decisiones, el tribunal entendió que en ningún caso, la inversión podría quedar bajo la protección del APPRI si el inversor hubiera obtenido dicha inversión mediante una “actuación gravemente antijurídica”, tal y como ya dictaminase en el caso *Plama Consortium Limited (PCL) c. República de Bulgaria* en el que el tribunal concluyó que la demandante, (PCL), una empresa de Chipre, carecía de cualquier derecho de protección en base al Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), por haber obtenido de manera fraudulenta su inversión. Por su parte, el Estado de Bulgaria, no hubo incumplido sus obligaciones en base a dicho Tratado. La entonces demandada, la República de Bulgaria, alegó al igual que en este caso el Estado de Venezuela, que la inversión de la demandante había sido nula “ab initio”, es decir, desde el principio, con arreglo al derecho búlgaro y por lo tanto dicha inversión quedaba fuera de la esfera de protección contemplada en el TCE. Finalmente el tribunal resolvió en favor de la demandada y condenó a la demandante en base a que “ningún sistema jurídico sustentado en bases racionales permite que se beneficie a quien ha realizado una cadena de actos claramente ilegales” tal y como ya argumentase en este caso y anteriormente en *Inceysa Vallisoletana, S.L. c. República de El Salvador* cualquier tipo de inversiones obtenidas mediante sobornos constituyen una violación del Orden Público Internacional y de los principios de: buena fe; *Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans*, es decir, nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo y del que prohíbe el enriquecimiento ilícito.

Para el tribunal, la cuestión principal no fue si la adjudicación del Contrato fue obtenida mediante actos de corrupción por parte del exgobernador y el Consorcio, sino si dichos actos quedaban jurídicamente probados. Para dar respuesta a dicha cuestión, el tribunal analizó: sobre cuál de las partes recaía la carga de la prueba; cuál era el estándar de prueba exigible; y por último, valorar la prueba alegada por las partes.

El tribunal consideró que en cuanto a la carga de la prueba, en el Derecho internacional rige el principio “*actori in cumbit probatio*”, por lo que quien alegó la existencia de corrupción debería soportar la carga de probarlo. Tal y como ya quedó reflejado en el caso *Me-*



*tal-Tech LTD. c. la República de Uzbekistan* , en el que el Gobierno de Uzbekistan alegaba que la demandante había obtenido un contrato de inversión mediante sobornos a un funcionario público y al hermano del entonces Primer Ministro de Uzbekistan. En este Laudo quedó establecido que la “carga de la prueba” recaía en quien la alegaba.

*“As a general matter, since the claims brought in this arbitration seek to establish the responsibility of a State for breach of the latter's international obligations, it is appropriate to apply international law to the burden of proof. The principle that each party has the burden of proving the facts on which it relies is widely recognised and applied by international courts and tribunals. The International Court of Justice as well as arbitral tribunals constituted under the ICSID Convention and under the NAFTA have characterized this rule as a general principle of law. Consequently, as reflected in the maxim actori incumbat probatio, each party has the burden of proving the facton which it relies”.*

En aquel caso tribunal concluyó que la demandante había pagado 4 millones de dólares americanos en conceptos de sobornos, apenas disimulados “*thinly disguised bribes*”, mediante un contrato de Consultoría.

Establecida esta base, la carga de la prueba correspondió por lo tanto al demandado que la alegó: el Estado de Venezuela.

Sobre la segunda cuestión, el estándar de prueba, se vio condicionada por la existencia de una acción penal ante la jurisdicción de Venezuela al mismo tiempo que se estaba llevando acabo el arbitraje. En dicho procedimiento el Ministerio Fiscal había acusado al exgobernador y otros dos altos cargos del entonces Gobierno de Nueva Esparta de haber cometido dos delitos tipificados como tal en la Ley contra la Corrupción, concretamente los de evasión de procedimientos de licitación y el de concierto de funcionario público con contratista. Ante esta situación de procedimientos paralelos, el tribunal concluyó que ambos se movían en “diferentes esferas jurídicas”, una en la internacional, sometida al Derecho internacional, y otra la nacional, sometida al Derecho interno sancionador, por lo que dichos procedimientos no se podrían solapar, lo que con-

llevaría a que los estándares de pruebas de uno y otro serían diferentes por pertenecer a diferentes sistemas jurídicos. De hecho el tribunal dictaminó que las decisiones que se llegasen a alcanzar en ambos procedimientos no tenían por qué ser coincidentes, ya que podría perfectamente suceder que la jurisdicción penal venezolana absolviera a los acusados por los delitos de corrupción y el tribunal arbitral pudiese llegar a una conclusión completamente opuesta a ésta, y por lo tanto debiese admitir la excepción a su jurisdicción en base a la existencia de dichos actos de corrupción. El tribunal afirmó que él tenía la facultad de realizar una “valoración independiente de los hechos” y por ello podría llegar a obtener una conclusión diferente a la del proceso penal. Puesto que el tribunal no se veía comprometido por la esfera del Derecho internacional circunscrita a los APPRI ni al Convenio, ya que ni en uno ni en otro se exige requisitos o regla alguna respecto de la carga o estándares de la prueba, el tribunal podía gozar de una amplia libertad a la hora de la valoración de la cuestión de la prueba.

Sentadas las dos anteriores cuestiones analizadas por el tribunal, la última fue la de examinar las pruebas aportadas por la demandada. Los elementos probatorios que presentó fueron el escrito de acusación del Ministerio Público, de mayo de 2010, que fue presentado ante el Juzgado de lo Penal de Nueva Esparta y un informe realizado por la OCDE sobre la aplicación en Chile del Convenio de dicha organización contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y como en dicho informe se hacía una referencia expresa al procedimiento que se había iniciado en Nueva Esparta por la presunta concurrencia de corrupción en la concesión del Contrato de Alianza Estratégica.

Los demandantes por su parte, presentaron una prueba testifical, el Sr. Valle, persona que presuntamente, según la fiscalía había sido el artífice de llevar a cabo el concierto y reunión con el exgobernador para amañar la adjudicación del contrato. Dicho testigo negó bajo juramento de manera categórica haber realizado ningún acto de corrupción para la adjudicación del contrato. Asimismo el tribunal pudo interrogar a otros altos cargos de la empresa y todos

ellos negaron las acusaciones y afirmaron que su empresa mantenía una “política de tolerancia cero contra la corrupción”.

A la vista de todas las pruebas presentadas por las partes, el tribunal valoró que el escrito de acusación presentado por el Ministerio, debía entenderse que dicha institución era un órgano que forma parte del Estado, y por lo tanto, no podía valorarse como una prueba totalmente imparcial de la Administración de Justicia. Otro aspecto que desconcertó al tribunal fue que pese al tiempo transcurrido desde la presentación de la demanda, el procedimiento había estado prácticamente paralizado y no se había practicado ni siquiera la más mínima prueba, ni se ha facilitado información sobre el desarrollo de dicho procedimiento penal pese al interés demostrado por el tribunal arbitral. Asimismo de la prueba testifical, el tribunal dictaminó que no veían indicios probatorios de la existencia de sobornos para llegar a obtener el Contrato. En cuanto al informe de la OCDE, en éste únicamente se mencionaba de la existencia de que dicho procedimiento se estaba llevando a cabo, aludiéndose en el mismo, que las autoridades chilenas también estaban investigando la posible corrupción cometida por funcionarios venezolanos en inversiones. Sin embargo, dichas declaraciones contenidas en dicho informe, en ningún momento ha servido al tribunal como elemento probatorio de que hayan existido actos de corrupción en el caso. Por su parte los demandantes, presentaron una serie de testigos que bajo juramento negaron de manera fehaciente y categórica de que el contrato de concesión hubiese sido conseguido mediante actos de corrupción.

El tribunal concluyó que si bien la corrupción es una “lacra de nuestra sociedad”, es especialmente indeseable cuando los inversores extranjeros obtienen contratos mediante sobornos a autoridades públicas de los países receptores, realizando irregularidades que jamás se atreverían a realizar en sus países de origen. Y que dichas conductas al juicio del tribunal, nunca podrían ser merecedoras de la protección del Derecho internacional sino que por el contrario, deberían estar bajo el más absoluto desamparo jurídico. Sin embargo, el tribunal también consideró que dado que la alegación de corrupción es siempre una imputación muy grave, ésta debe ser altamente probada pese a la dificultad de dicha carga probatoria, sin

embargo estableció que los medios que utilizó la demandada fueron pobres sin la más mínima actividad probatoria, esta misma conducta también podría decirse de los tribunales penales venezolanos quienes en principio deberían gozar de una mayor capacidad de investigación en la persecución de dicha causa y no ha realizado gestión alguna para obtener una condena. Por todo ello el tribunal concluyó que la demandada no cumplió con la carga de la prueba, ya que no probó que la adjudicación del contrato había sido realizada mediante corrupción.

El tribunal, tras estudiar el resto de las alegaciones presentadas por las partes, y sujeta al Contrato, a lo dispuesto dentro de la esfera del Derecho internacional y los APPRIs suscritos entre Venezuela y Suiza de un lado y entre la República de Chile y Venezuela por otro, consideró que los hechos probados mostraban que el Consorcio formalizó un contrato en el que se le encomendaba la gestión del Aeropuerto, que se le privó de realizar dicha gestión y los derechos inherentes a ésta y que tras varias medidas adoptadas por la Gobernación de Nueva Esparta y el tribunal Supremo de Venezuela dicha gestión fue traspasada y centralizada en el Poder Nacional. Por lo que el tribunal consideró que la República Boliviana incumplió lo establecido en ambos APPRIs al expropiar a la demandante su inversión protegida por dichos Tratados. Asimismo, el tribunal coincidió con los demandantes en que la expropiación había sido “directa” y tal como ya había expuesto la doctrina y la jurisprudencia, la diferencia entre la expropiación directa e indirecta radica en:

*“whether the legal title of the owner is affected by the measure in question”*

.

Por lo tanto, como los derechos de los que era titular la demandante fueron traspasados en su totalidad al Estado sin que pudiesen conservar ni siquiera el derecho nominal sobre la inversión y las medidas expropiatorias llevadas a cabo por la demandada no constituyeron actos de una expropiación legítima, tal y como quedó de manifiesto por la falta de pruebas por parte de la demandada, cuyos

hechos únicamente dejaron de manifiesto la inobservancia por parte del Estado de los requisitos expropiatorios, tales como el de utilidad pública, que no sean discriminatorios, que se ajusten a la ley (la expropiación decretada por la Gobernación no se ajustó a la ley venezolana), y el pago de una compensación efectiva y adecuada (el tribunal concluyó que el trato había sido “injusto e inequitativo y las medidas arbitrarias y discriminatorias”), que represente su valor de mercado (los demandantes no habían recibido compensación alguna pese a existir un Decreto que les reconocía dicho derecho de indemnización).

Finalmente, el tribunal decidió que la demandada debería de abonar como cuantía principal USD 19.428.261 y que debía devenegar los intereses al tipo de interés LIBOR en depósitos a un año en divisa USD más un 4% capitalizado anualmente.

En conclusión, podemos considerar que este caso deja firme asentadas las bases sobre las que deben sustentarse cualquier alegación de corrupción en materia de prueba. Tres cuestiones fueron fundamentales para el tribunal: a quién correspondía la carga de la prueba, cuáles deberían ser los estándares de esta y por último, el análisis por parte del tribunal de las pruebas alegadas por las partes.

Con este laudo, el tribunal ha dado un giro a la jurisprudencia seguida hasta la fecha, ante cualquier alegación de corrupción, los tribunales hasta el momento, exigían pruebas irrefutables de culpabilidad o sentencia firme en la jurisdicción del Estado parte del arbitraje, así lo exigió en casos como *RSM Production Company y otros c. Estado de Granada*, en los que al igual que en este arbitraje, se estaba llevando a cabo un procedimiento penal paralelo. Sin embargo, a diferencia de las conclusiones de otros laudos del CIADI en esta ocasión consideró que “el tribunal goza de amplia libertad para valorar la prueba” al margen de lo que dictase cualquier otro tribunal.

Sin embargo, este caso nos sirve como ejemplo clarificador, de la concepción y efectos que tienen los tribunales arbitrales sobre la corrupción.

En primer lugar, el tribunal dictaminó que acusar a la otra parte de prácticas corruptas es una acusación de “extraordinaria gravedad”<sup>489</sup>, y debida a la gravedad de dichas acusaciones, cuando ante un tribunal se suscitan sospechas de existencia de corrupción, este requerirá “explicaciones necesarias”<sup>490</sup>.

En segundo lugar, el tribunal consideró que si fuese cierto que se hubiese cometido un acto de corrupción se habría violado la Ley venezolana contra la corrupción, y en el plano internacional los inversores habrían violado el orden público internacional, y el APPRI suscrito entre los países de Alemania-Venezuela sobre protección de inversiones extranjeras.<sup>491</sup>

En esta misma línea jurisprudencial, el tribunal del caso Metal-Tech, señaló que cualquier acto de corrupción no solo va a ser criminalizados a través de los acuerdos internacionales que buscan principalmente este tipo de penalización de actos de corrupción sino que también, dichos actos tendrán que hacer frente a los aspectos de derecho administrativo y civil de la lucha contra la corrupción entre ellos hace referencia a la Convención Interamericana contra la corrupción de 1996; el Convenio de la OCDE de 1997 sobre Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; Convenio del Consejo de Europa de Derecho Civil sobre la Corrupción de 1999; el Convenio de derecho penal sobre la corrupción 1999 y la Convención de Derecho Civil sobre la Corrupción 1999, ambos adoptados bajo los auspicios de la Consejo Europeo; la Convención de la Unión Africana 2003 sobre la prevención y lucha contra la corrupción; y

---

<sup>489</sup> Caso *Flughafen Zürich c. Venezuela* párrafo 128.

<sup>490</sup> Caso *Metal-Tech c. Uzbekistán*, párrafo 239

<sup>491</sup> *Vid.* caso Flughafen párrafo 129 “129. Si fuera cierto – tal como asevera Venezuela – que Flughafen Zürich e IDC se concertaron con el Gobernador del Estado de Nueva Esparta, para que éste les otorgara el Contrato, en violación de los artículos 58 y 70 de la Ley venezolana contra la Corrupción<sup>156</sup>, en el plano iusinternacional los inversores habrían violado el orden público internacional y habrían incumplido las condiciones exigidas por los APPRI para acceder a su protección (amén de haber incurrido en un ilícito penal)”.

la Convención de las Naciones Unidas de 2004 contra la Corrupción.<sup>492</sup>

El propio tribunal hizo referencia al caso *World Duty Free c. Kenia* para recordar, que la corrupción es “contraria al orden público internacional de la gran mayoría, si no todos, los Estados”.<sup>493</sup> Por lo que la corrupción es un asunto grave contraria a todas las legislaciones, Convenciones internacionales y contraria al orden público transnacional.

Consecuentemente, estos actos ilegales van a tener unas consecuencias jurídicas dentro del arbitraje internacional. Las consecuencias principales señaladas por el tribunal del caso *Flughafen Zürich c. Venezuela* fueron los siguientes: (i) las Demandantes carecerían de legitimación activa; (ii) el Centro de jurisdicción y el tribunal de competencia para enjuiciar la disputa.<sup>494</sup>

(i) La justificación de la falta de legitimación activa por parte de los inversores se encontraría en que la obtención del contrato que hizo posible jurídicamente la inversión. Y dicha inversión fue obtenida corrompiendo a un alto cargo público del Estado, consiguiendo que mediante este acto delictivo se le adjudicase dicha lici-

---

<sup>492</sup> Vid. párrafo 291: “Further, a number of international agreements were adopted mainly seeking to criminalize corruption, but also dealing with administrative and civil law aspects relating to the fight against corruption. These include the 1996 Inter-American Convention against Corruption; the 1997 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions; the 1999 Council of Europe Civil Law Convention on Corruption; the 1999 Criminal Law Convention on Corruption and the 1999 Civil Law Convention on Corruption, both adopted under the aegis of the Council of Europe; the 2003 African Union Convention on Preventing and Combating Corruption; and the 2004 UN Convention against Corruption.

<sup>493</sup> Vid. también el párrafo 292.” In this context, a mention must also be made of the award in *World Duty Free v. Kenya* which held that corruption is “contrary to international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy, and consequently declared the claims inadmissible.”

<sup>494</sup> Vid. caso *Flughafen Zürich c. Venezuela* párrafo 129.

tación de manera arbitraria. Todos estos actos provocaron que los inversores acabaran con sus “manos manchadas”<sup>495</sup> y consecuentemente perdiendo todo derecho a invocar el Derecho internacional en defensa de su inversión.<sup>496</sup> Dicha conclusión se vería refrendada y reforzada por el art. 2 del APPRI en el que se indica de manera imperativa, que “la protección del Derecho internacional únicamente se puede obtener cuando el inversor haya realizado la inversión “de conformidad con [las] leyes y reglamentos de Venezuela” y lógicamente, una inversión realizada en violación de dicha ley y el propio orden público no tiene cabida como una inversión legítima.<sup>497</sup>

Pero aunque no hubiera existido esa referencia expresa en el referido art. 2 del APPRI, el requisito de “no haber incurrido en una violación grave del Ordenamiento Jurídico del Estado receptor, existiría una condición tácita, en todo el articulado del APPRI, pues no es coherente que un Estado dé el beneficio de la protección y seguridad a una inversión extranjera mediante un arbitraje internacional de inversión y la propia inversión sea un fraude contra el Derecho y el orden público internacional.

(ii) Consecuentemente con lo anterior, si la inversión hubiese sido obtenida mediante actos de corrupción, el Centro carecería de jurisdicción y el tribunal de competencia para conocer y dictaminar sobre el asunto.

En esta misma línea jurisprudencial, en el caso *Inceysa Vallisole-tana c. el Salvador*, el tribunal señaló que una conducta ilegal como es la corrupción viola el principio “*Audit Propiam Turpitudinem Allegans*”, es decir, nadie se puede beneficiar de su propia torpeza o dolo. En relación con la naturaleza de este principio señaló otros tales como: (i) “*Ex dolo malo non oritur actio*” (ningún derecho a

---

<sup>495</sup> Estos adjetivos hacen referencia a que su comportamiento fue contrario a la ya mencionada doctrina de “manos limpias”

<sup>496</sup> *Vid. caso Flughafen Zürich c. Venezuela* párrafo 130.

<sup>497</sup> *Vid. caso Flughafen Zürich c. Venezuela* párrafo 131.



accionar puede tener su origen en el dolo), y en este caso quedó demostrado que la demandante tuvo la voluntad de cometer un acto ilícito a sabiendas; (ii) “Malitiis nos est indulgendum” (ante la conducta maliciosa no debe haber indulgencia; (iii) “Dolos sus neminem relevat” (a nadie se le exonera de su propio dolo); “inversum autum haec in ea re regula sequenda est, ut dolos omnimodo puniatur” (generalizadamente significa que en todo momento ha de observarse la regla de que es dolo siempre será castigado); “Unusquisque doli sui poenam sufferat” (cada uno debe soportar la pena por su propio dolo); y por último, “Nemini dolos sus prodesse debet” (nadie debe aprovecharse de su propio dolo. Todos los principios anteriormente aludidos encuentran su fundamento en la justicia y han sido “creadas a partir de la resolución de casos concretos”.<sup>498</sup>

Aplicando el principio señalado al supuesto de corrupción que estaba siendo analizado por el tribunal, este afirmó que el inversor extranjero, Inceysa Vallisoletana, no podría pretender beneficiarse de una inversión extranjera cuando esta había sido realizada mediante varios actos todos ellos ilegales, como el fraude en documento público y privado entre otros, todos ellos delitos constitutivos de actos de corrupción y consecuentemente era de todo punto imposible de gozar de la protección que confiere el APPRI suscrito con el Estado receptor mediante un arbitraje internacional para la posible solución de sus controversias, dada la naturaleza dolosa de la constitución ilegal de la inversión.<sup>499</sup>

#### B) En el arbitraje comercial (I): el caso de la CCI No 4145

Hasta el momento hemos analizado los efectos, en el arbitraje internacional de inversiones, que conllevan la alegación y prueba de corrupción. A continuación vamos a comprobar cuál ha sido la casuística dentro del arbitraje comercial.

---

<sup>498</sup> Vid. caso *Inceysa Vallisoletana c. el Salvador* párrafo, 241.

<sup>499</sup> Vid. caso *Inceysa Vallisoletana c. el Salvador* párrafo, 242 y 243.

Los problemas relacionados con la sanción de la corrupción sólo se plantean cuando el tribunal Arbitral considera que los hechos del caso indican que realmente han existido actos de corrupción, y que exista una norma jurídica que prohíba esa práctica en el comercio internacional.

De un lado, se analizará que las consecuencias jurídicas de una declaración de existencia de corrupción por parte de un tribunal arbitral conllevará la nulidad de la relación entre las partes y una serie de consecuencias de dicha nulidad.

Asímismo, se considerará las diversas sanciones alternativas cuando las evidencias de corrupción no son tan claras sino supuestamente corruptas, en las que la corrupción no se ha establecido de manera satisfactoria para el tribunal.

La nulidad absoluta. La prohibición de la corrupción se basa principalmente en tres fundamentos jurídicos, cuya consecuencia jurídica es la nulidad de pleno derecho.

El primero de estos fundamentos se encuentra en la prohibición legal de contratos de intermediación en la contratación pública. En algunos países este tipo de contratos pueden ser declarados ilegales en virtud leyes especiales que prohíben este tipo de acciones

Este tipo de leyes declaran abiertamente, ya sea en sus textos o en su exposición de motivos que la prohibición de la intermediación en la contratación pública es parte de un esfuerzo mayor para combatir la corrupción. En algunas de esas leyes, la intermediación se equipara con el tráfico de influencias, el cual está a su vez sancionado y criminalizado.

El segundo de estos fundamentos es que cualquier acto corrupto es contrario al orden público internacional, de acuerdo con ciertos principios nacionales o transnacionales fundamentales que prohíben la corrupción en el comercio internacional.

Por último, las relaciones corruptas también han sido declaradas inmorales, en la medida en que implican esquemas tan perjudiciales para el comercio internacional que contravienen preceptos fundamentales de las relaciones comerciales honestas.

Por lo tanto, la ilegalidad, la inmoralidad y la violación del orden público internacional han sido los tres motivos de prohibición de la corrupción en el comercio internacional.<sup>500</sup>

El punto común que une a todos fundamentos anteriormente indicados es que la corrupción afecta a materias de interés general. Su prohibición, encuentra su argumentación y justificación en la intención de proteger la integridad de la función pública y la conducta honesta del comercio transnacional. La necesidad de proteger el interés general hace que las respuestas otorgadas a la corrupción sean enérgicas. En particular, se suele considerar que un contrato que se ha demostrado que está afectado por la corrupción es nulo y sin efecto.

Esta proposición está totalmente justificada en el artículo 8 del Convenio Civil sobre la Corrupción:

“Validez de los contratos. 1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción. 2. Cada Parte establecerá en su derecho interno la posibilidad de que todas las partes contratantes cuyo consentimiento esté viciado por un acto de corrupción puedan solicitar ante tribunal la declaración de nulidad de dicho contrato, sin perjuicio de su derecho a la reclamación de daños”.

Se afirma comúnmente que dicha nulidad es absoluta porque la corrupción afecta al interés general<sup>501</sup>.

Esto a su vez tiene consecuencias en cuanto a la parte con potestad para invocar la nulidad, así como a los efectos de dicha nulidad en los derechos y obligaciones que se deriven del régimen corrupto.

Cualquiera de las partes del contrato, así como terceros pueden invocar la nulidad del contrato si se trata de la corrupción.<sup>502</sup> En

---

<sup>500</sup> Vid. J-B. Zufferey-Werro, “Le contrat contraire aux bonnes mœurs”, *Revue internationale de droit comparé* vol. 41 No. 4, 1989 pp. 1083-1084.

<sup>501</sup> V. Heuze, “Corruption”, en *Répertoire de Droit international*, París, Encyclopédie Dalloz, vol. 1, p.4, par. 22 ff.

particular, esto incluye las partes, el tribunal arbitral y los Estados terceros.

Cualquiera de las partes que figuran en el contrato puede invocar la nulidad de un contrato que presuntamente adolezca de corrupción. Entre otros pueden ser: un intermediario, el sobornador o un funcionario público si participa como parte del contrato. No es necesario resaltar que la nulidad puede ser alegada por cualquiera de las partes arquetipo que forman parte en el esquema de la corrupción cuando dicha intención corrupta es compartida por todas las partes.

Esta facultad procesal, de poder solicitar a un tribunal que declare la nulidad del contrato, parece contraria al requisito mínimo de la pervivencia del contrato. Parece querer demostrar una cierta mala fe por la parte de quién lo alega.

Sin embargo, esta legitimación sigue siendo válida dentro del arbitraje comercial porque pretende que al menos una de las partes salga del esquema reprochable de la corrupción al tiempo que intenta una reparación.

Este es el caso del sobornador que ha iniciado el acto de corrupción. Este puede alegar la corrupción en aquellos supuestos en que él es una de las partes de procedimiento arbitral, estas figuras pueden ser el intermediario o consultor y el funcionario público.

Generalmente el intermediario que no ha recibido la comisión pactada por su intervención en la obtención de un contrato público, o porque el contrato que él consiguió para la demandada, ha sido prorrogado y la empresa se niega a dar un nuevo porcentaje por dicha extensión del contrato.

Un claro ejemplo de este supuesto fue el caso de la CCI No. 4145, la demandada, una empresa de construcción del Sur de Asia que en 1978 llegó a un acuerdo con el demandante, una entidad de Oriente Medio país X, para asesorar y ayudar a la obtención de un proyecto de construcción de un grupo de edificios en el país X.

---

<sup>502</sup> Vid. V. Heuze, "Corruption", *loc. cit.*, p. 4 par. 22ff

En 1979, el Ministerio de aquel país, concedió dicho proyecto a la demandada, estimándose el mismo en 374 millones de dólares americanos. Tras la obtención de dicho contrato, la demandada ingresó un pago inicial en una cuenta del demandante en un banco sito en Ginebra, de 50 millones dólares EE.UU. El presidente de la parte demandada expresó su “más sincero agradecimiento por su excelente labor y servicios prestados” en un télex a la empresa principal de la demandada.

El acusado obtuvo una prórroga del contrato inicial en 1979 para un trabajo adicional de aproximadamente 54,5 millones dólares EE.UU. El demandante exigía una compensación adicional por dicha extensión. A lo que la demandada se negó. Por ello la demandante acciones legales, reclamando 16,5 millones dólares americanos, más los intereses de los mismos y costas. Esta reclamación fue hecha en concepto del contrato principal más los dos contratos de extensión posteriores.

En el acuerdo suscrito entre las partes existía una cláusula de sujeción a arbitraje de la CCI. Y la ley de aplicación al contrato era la suiza o la de las leyes del país X, o de ambos. No existía ningún lugar de arbitraje designado en el contrato, por lo que el tribunal de arbitraje de la CCI fue el de Viena. Se hicieron tres excepciones separadas a la jurisdicción del tribunal.

En el primer laudo provisional (1983)

La parte demandada presentó el argumento de que el acuerdo era inaplicable en virtud de la legislación del país X, así como en virtud de la legislación suiza o en virtud de los principios aplicables del orden público internacional, pues el objetivo principal del acuerdo era influir en el precio del proyecto por medios ilegales. El tribunal determinó sin embargo, que la cuestión de la nulidad del acuerdo por razones de orden público o la ilegalidad fue uno de los méritos y no de jurisdicción. No estaban preparados para hacer frente a los méritos del caso en el laudo provisional primero y se limitaron a la cuestión de la jurisdicción.

La cláusula de arbitraje había una serie de deficiencias lingüísticas, pero el tribunal determinó que la clara intención de las partes

era a someter una controversia a arbitraje de la CCI y que el tribunal tenía jurisdicción para arbitrar el caso.

#### Segundo laudo provisional (1984)

El demandante alegó que la legislación suiza era la ley aplicable al contrato, mientras que el demandado sostuvo que era la ley del país X. Por su lado el tribunal consideró que según la ley suiza en el caso de que existieran dos posibles aplicaciones jurídicas, el juez elegiría la que más favoreciese a la validez de un Acuerdo. El tribunal pasó a examinar la cuestión de la validez y la aplicabilidad del Acuerdo contemplando la posibilidad de que éste estuviera corrupto por alguna práctica de soborno. A tenor de la ley suiza, el soborno sería considerado inmoral. Por lo tanto, cualquier Acuerdo que se haya conseguido mediante soborno, fraude o corrupción, éste debería ser considerado nulo y sin efecto. El tribunal determinó que las acusaciones vertidas por la parte demandada no fueron sustentadas por pruebas directas o circunstanciales.

Los indicios pueden ser considerados como pruebas suficientes por la legislación suiza, sino que deben existir pruebas irrefutables de dichas acusaciones.

Algunos de los hechos considerados por el tribunal para concluir que no existían pruebas suficientes para declarar ilegal o corrupto el Acuerdo, fueron: en el Acuerdo no se menciona el soborno en ninguna de sus cláusulas. El principal testigo del demandado negó categóricamente que se hubiera existido algún tipo de soborno. El proyecto fue supervisado por el Banco Mundial y el Ministerio, y cualquier intento de sobornar a todas esas personas sería muy peligroso.

Por último, el tribunal concluyó que el objeto del Acuerdo es ser un intermediario o un acuerdo de corretaje en una base de contingencia, y no sólo un acuerdo de consultoría. De acuerdo con la legislación suiza, un acuerdo de mediación es perfectamente válido y el tribunal considera, por tanto el Acuerdo válida y exigible.

#### Laudo definitivo (1986)

El demandado alegó que la demandante no actuó dentro de un marco legal al conseguir la adjudicación del proyecto y, en particular, la extensión del contrato. El tribunal rechazó este argumento basándose en las alegaciones y pruebas aportadas y constató que existía un nexo causal entre las actividades del reclamante y de la adjudicación del proyecto.

Por lo que consecuentemente, el tribunal cuantificó los daños causados a la parte demandante en las siguientes cantidades: 14,5 millones de dólares US como indemnización por el daño causado por la cancelación del contrato y 40 millones de dólares US en concepto del lucro cesante.

El tribunal analizó todas las alegaciones realizadas por las partes y concluyó que tenía competencia para conocer del caso y dictaminó que no habían existido pruebas fehacientes que probaran que hubieran existido prácticas de soborno. El laudo concluyó que la demandada debía de pagar las cantidades anteriormente referidas en concepto de indemnización.

En el caso *CCI No. 8113*, en el que un contratista alegó al tribunal que no podía cumplir con todas sus obligaciones contractuales antes de la adjudicación del contrato porque temía que si realizaba el pago acordado con la otra parte antes de la adjudicación del contrato público, el intermediario podría no finalizar su compromiso de obtener dicho contrato.

Por su parte, el funcionario público, tal y como sucedió en el caso *Westacre c. Jugoimport*, la demandada, formada por dos entidades yugoslavas, había suscrito con la otra parte, una empresa panameña, un contrato de consultoría y otro de venta de 215 tanques M-84 por un montante económico de 500,5 millones de dólares americanos. Una vez iniciado el procedimiento arbitral, concretamente durante el momento de la celebración de la audiencia, y sin haber realizado, mención alguna en la fase de la contestación a la demanda, la demandada alegó ante el tribunal de la CCI que éste debería declarar el contrato celebrado entre las partes, nulo de pleno de Derecho, en base a que, para conseguir dichas ventas, la demandada había tenido que sobornar a funcionarios del Ministerio

de defensa de Kuwait para con la ayuda de éstos conseguir la licitación de dicho contrato.

Otra de las partes que pueden alegar la existencia de corrupción en un contrato, pueden ser aquellas personas que son parte del contrato de corrupción y no conocían de su existencia. Para que estos terceros puedan alegar corrupción tienen que cumplir una serie de requisitos tales como: desconocer que el contrato estuviera afectado por corrupción o que la otra parte tuviera intenciones de consumarla. En otras palabras un tercero de buena fe que no ha consumado ni tuviera conocimiento de actos corruptos en el contrato. Lo problemático de este tema es la dificultad de la prueba de dicha buena fe o desconocimiento.

#### C) En el arbitraje comercial (II): el caso de la CCI 6474

Nulidad implica la aniquilación de la obligación que tiene por objeto la corrupción.

Para realizar de manera eficaz este análisis, deberemos distinguir entre la situación en la que ninguna de las partes han realizado acciones para que se lleve a cabo el cumplimiento del contrato, de la situación en la que se ha producido al menos uno de esos actos en cumplimiento del contrato. También utilizamos la distinción entre la situación en la que ambas partes están de acuerdo con el esquema corrupto y la situación en la que una de las partes ha instigado el recurso a la corrupción, mientras que la otra parte ha sido impulsada o fue llevada más allá de su conocimiento.

Los efectos de la nulidad sobre el contrato serán diferentes de los no celebrados a los celebrados parcialmente:

El efecto de la nulidad de los contratos no celebrados. Cuando ninguna de las partes ha llevado a cabo acciones en el cumplimiento de su contrato anulado, el contrato se considera nulo de pleno derecho, es decir, la nulidad será absoluta, el contrato carecerá de ab initio de efectos jurídicos, comporta la ineficacia absoluta e inmediata para las partes con efecto erga omnes. El contrato será



considerado como si no nunca hubiera existido. En un contrato cuyo objeto se encuentra que es la corrupción de funcionarios públicos, ninguna de las partes se considera fundada para reclamar ningún rendimiento o compensación por el incumplimiento de la otra parte.

El efecto de la nulidad de contratos parcialmente realizados.

Se sostiene comúnmente que en caso de nulidad, las partes han de ser reintegrados a sus respectivas posiciones iniciales antes de la celebración del contrato. En un contrato, cuando algunas de las partes han realizado la totalidad o parte de sus obligaciones, es de esperar que ambos posean acciones legales para poder recuperar la cosa transferida, el pago realizado, o el valor del servicio prestado.

Sin embargo, en el caso concreto de los contratos ilegales e inmorales, la generalidad adoptada ha sido que las partes deben ser de algún modo jurídico castigadas por este tipo de acto ilícito internacional y por ello se ha optado por negárseles el derecho de reintegro.

La exclusión del principio de recuperación (la interdicción de la repetición) ha sido ampliamente considerada aplicable en materia de corrupción.

Gran parte de la razón que justifica esta exclusión del principio de volver al status quo inicial, encuentra su justificación en que los sistemas judiciales y arbitrales consideran que no deben ser cómplices de regímenes inmorales. Además, se sostiene que las partes en un contrato de inmoral, que voluntariamente optan por excluirse de orden jurídico, bajo ningún concepto podrán obtener protección o justicia de dicha jurisdicción. De hecho, se dice de manera generalizada que la justicia realmente se imparte cuando se le niega a las partes el derecho a reclamar dicho rendimiento o compensación.<sup>503</sup>

---

<sup>503</sup> F. Terre, P. Simler yY. Lequette, *Droit civil, les obligations*, 10ª ed., Dalloz, 2009, p. 338, par. 405.

Por lo que, en todos aquellos casos en los que un tribunal arbitral sean reclamados para propiciar la solución de disputas sobre contratos de intermediación en relación con la contratación pública, y muestre indicios de corrupción, los árbitros deben declarar que dicho contrato es nulo y sin efectos. No obstante, el efecto de dicha nulidad también tendrá que ser evaluado por el Árbitro. En particular, un árbitro tendrá que decidir si las partes tienen derecho o no a la recuperación de las cosas que pagaron en el desempeño de sus obligaciones bajo el contrato nulo.

Podemos concluir en que la sanción de los contratos relacionados con la corrupción es reconocida como nulidad absoluta.

Que la aplicación de esta nulidad de los contratos realizados parcialmente parece algo paradójica, ya que las dos partes implicadas en la consumación del delito no salen jurídicamente igualmente paradas.

Los árbitros no se suelen encontrar ante supuestos en los que las evidencias de corrupción sean irrefutables, en la mayoría de los casos, incluso no va a poder diferenciar si ambas partes son culpables de la realización del hecho ilícito. Por lo que va a ser problemático llegar a la conclusión de cuál de las partes debe ser más severamente castigada por el ilícito legal cometido. Otra de las dificultades añadidas a la hora de emitir un laudo un tribunal arbitral va a ser a la luz de las pruebas aportadas llegar a captar el conocimiento e intención de cada parte en ese tipo de contrato. En otras palabras, Las dificultades para establecer las intenciones y acciones de corrupción detrás de transacciones aparentemente limpias, la polémica interminable sobre la existencia de la prohibición universal de la corrupción, la perplejidad que resulta de la implementación paradójica de la supuesta sanción de la corrupción.<sup>504</sup>

En cambio, en algunos casos, a lo largo del proceso arbitral veremos que existen vías alternativas para sancionar la corrupción en

---

<sup>504</sup> The Jürgen Dohm Award, Geneva Chamber of Commerce and Industry Award of 02/23/1988; The Jürgen Dohm Award, ASA Bulletin 216, 233 (1993);

un esfuerzo por superar las paradojas de la pronunciación de la nulidad.

Como hemos podido comprobar, la alegación por una de las partes de que no se prestaron servicios y por lo tanto estos no se pueden remunerar.

Sin indagar sobre, o el establecimiento de la corrupción, una declaración de no tener derecho a una remuneración debido a la ausencia de los servicios puede constituir una sanción indirecta a la probable presencia de intenciones o las prácticas corruptas.

Las premisas de estas alegaciones suelen ser las siguientes:

(1) El director es siempre de buena fe. Si se considera que los servicios fueron efectivamente prestados, nunca va a disputar el pago de una comisión, debido a un intermediario. Pero si el director es de la opinión que el intermediario no ha prestado sus servicios, se cuestiona la base de la remuneración.

(2) La naturaleza real de los servicios a ser prestados es irrelevante. Lo que importa es la prueba de la prestación de servicios, tal como se establece en el contrato. En otras palabras, si el director era de la opinión de que los servicios fueron efectivamente prestados por el intermediario y que dichos servicios merecen ser remunerados, no importa si el intermediario recurrió a la corrupción, como parte de los servicios vagamente definidos en el contrato, siempre y cuando haya pruebas de otros servicios “legítimos”.

(3) El director no está de acuerdo sobre el pago de sobornos. Sin embargo, el intermediario puede recurrir al soborno sin el conocimiento del director. Si el intermediario no puede establecer el cumplimiento del servicio, no tendrá derecho a remuneración alguna. La incapacidad de establecer servicios junto con el hecho de que una decisión pública favorable se concede sin embargo podría indicar que la corrupción se podría haber recurrido a pero que el intermediario era incómodo para invocarlo. Sin embargo, la probabilidad

También ha habido supuestos en los que se han presentado pruebas falsas,<sup>505</sup> ante un tribunal arbitral. Entre ellas también cabe destacar la de falso testimonio.<sup>506</sup>

Asimismo hemos comprobado visto que existen supuestos en los que se ha dado solución a dos partes bien distintas, una que había consumado la corrupción y la otra que se había resistido al pago y extorsión de la otra. Por lo que, alegando aquella falta de servicios o fraude en la presentación de pruebas, no hace más que dejar de manifiesto esas paradojas asociadas con la pronunciación de la nulidad.

Como hemos podido comprobar, los problemas relacionados con la sanción de la corrupción sólo se plantean cuando el tribunal Arbitral considera que los hechos del caso indican que realmente han existido la consumación de la corrupción al menos por una de las partes, y que exista una norma jurídica que prohíba esa práctica en el comercio internacional.

En el contexto del arbitraje comercial, otra consideración que debemos de tener en cuenta es la ley que se designa para la regulación del fondo y el procedimiento de la disputa. También tiene una gran relevancia, dentro de este contexto del arbitraje comercial, los derechos que se reflejan en los contratos de los que suelen paralelamente emanar una obligación contractual entre las partes. A diferencia de un APPRI, un contrato puede ser invalidado sin mancha porque este adolezca de fraude o corrupción. Estos puntos a tener en cuenta son consideraciones claves para poder explicar, por qué un tribunal arbitral tratará las denuncias de corrupción de una manera diferente a un arbitraje de inversión en el que existe un acuerdo de protección de la inversión entre los Estados.

Para dictaminar la admisibilidad de corrupción bajo la ley aplicable al contrato, hay que tener en cuenta la legislación aplicable para determinar en virtud de dichas leyes, los efectos que pueden atri-

---

<sup>505</sup> *Société European Gas Turbines SA c. Westman International Ltd.*

<sup>506</sup> Caso *CCI No. 8113*, laudo parcial, octubre de 1995, en XXV YBCA 323(2000).

buirse al encontrar que esa parte frente ante un tribunal arbitral comercial ha cometido fraude.<sup>507</sup> Por lo tanto, en el contexto del arbitraje comercial, la admisibilidad de las reclamaciones realizadas por una de las partes cuando estas estén contaminadas por el fraude o la corrupción dependerán de los contenidos de la ley en particular que deba ser aplicada.<sup>508</sup>

Así quedó de manifiesto en el caso de la *CCI No. 6474* en el que el demandante, un proveedor europeo, firmó varios contratos con la República de un país X, cuyos objetivos fueron los de cooperación, compras, de compraventa, y por último otro de suministro de productos agrícolas.

Posteriormente, surgieron una serie de controversias entre las partes y tras infructuosas negociaciones, el proveedor, inició un arbitraje ante los tribunales de Arbitraje de la CCI sitos en Zúrich, Suiza, tal y como estaba estipulado en una cláusula de dichos contratos.

La demandada argumentó que el tribunal carecía de jurisdicción para dictaminar sobre la demanda debido a la demandada no había sido reconocida como Estado por la Comunidad Internacional. Por lo que cualquier laudo dictado por el tribunal en el que apareciere una de las partes la República X, sería una clara violación del Orden Público Internacional.

El tribunal resolvió que sí tenía jurisdicción sobre la controversia, ya que la denegación de justicia supondría una negación al principio de buena fe, máxime, siendo este último, uno de los fundamentales del Orden Público internacional.

---

<sup>507</sup> M. Priles, “Reflections on Transnational Public Policy”, *Int. Arb.* vol. 24 No. 1, 2007: (noting that when faced within allegation that a contract is tainted by bribery (or) corruption, the applicable law will generally provide the appropriate result...).

<sup>508</sup> *Vid.* CCI Caso n. ° 6474 de 1992, en la XXV Y.B. Comm, Arb. 278 (AJ Van den Berg ed. 2000, el tribunal evaluó la cuestión de la admisibilidad en virtud de la ley procesal y sustantiva aplicable.

36 “Such a denial of jurisdiction in the circumstances would be contrary to that clear principle of transnational public policy which is the principle of good faith; it would defeat the legitimate expectations of the parties to the agreements and finally compel the claimant to go before the courts of the territory, as suggested by the defendant — all results which do not seem, to say the least, to be in keeping with the requirements of international public policy and of natural justice.

37 “Nor would such a result be in the interest of the present government of [the area], since they would find it more difficult henceforth to find foreign contracting partners.

38 “The line of defense adopted (and, as its consequence, a decline of jurisdiction) would appear, moreover, to be closely similar to cases of unilateral rescission or withdrawal of the arbitration undertaking, a course of conduct which, whether adopted by states or by private organizations or companies, is generally rejected by the international community as in flat contradiction with the fundamental principle of good faith, as well as with what may be described as the ‘jus cogens’ of international arbitration.

39 “In its oral argument, lastly, the defendant has rightly emphasized that ‘international arbitration is designed to facilitate and bolster the security of international commerce’ and that it should not be seen, or allowed to be used, as a ‘vehicle’ assisting ‘activities of sanction busting’.

40 “To sum up, the defendant has totally failed to show, on the one hand, in what way and to what extent the application of the arbitration clause in the present case would constitute assistance to ‘activities of sanction busting’ and, on the other hand, has been unable to establish, if it attempted at all to do so, how a refusal to apply the arbitration clause and a decline of jurisdiction by this tribunal would ‘facilitate and bolster the security of international commerce’.”

La demandada, alegó que los derechos de cobro exigidos en la demanda, habían sido trasladados desde el proveedor a un país europeo, esto daba a lugar a que se cuestionara la legitimación del proveedor para poder demandar.

El tribunal, tras examinar la legislación del país europeo en lo concerniente al tema de subrogación de créditos, dentro del marco de promoción y fomentación a las exportaciones, llegó a la conclusión de que el proveedor, estaba totalmente legitimado para realizar dichas reivindicaciones.

Asimismo, la República X, alegó que sus representantes, y parte en los distintos contratos, carecían de autoridad para poder llegar a obligar a través de los mismos a la demandada. El tribunal, en aplicación del Art. 177 de la Ley Federal del Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987 (PILA) y la jurisprudencia existente hasta aquel momento, desestimó dichas alegaciones por considerar que un Estado que sea parte de un acuerdo de arbitraje, no puede invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en el acuerdo de arbitraje.

La demandada, junto con las demás, también alegó que el contrato había sido conseguido mediante corrupción y fraude. A lo que el tribunal contestó que la existencia de corrupción o fraude no puede ser probada en una fase procedimental en la que se está dictaminado acerca de la jurisdicción y cualquier alegación de corrupción debía de quedar claramente demostrada mediante pruebas irrefutables.

El tribunal estimó que si tenía competencia para conocer de la demanda. Sin embargo, no era el momento de demostrar si existía o no fraude o corrupción, por lo que dichas acusaciones deberían demostrarse por quienes las alega, cuando el tribunal pasase a estudiar el fondo del asunto, pero no en la fase en la que está determinando si tiene o no jurisdicción para resolver el conflicto en base al contrato firmado por las partes y las leyes oportunas al caso.<sup>509</sup>

---

<sup>509</sup> *Vid.* CCI Caso n. ° 6474 de 1992, en la XXV Y.B. Comm, Arb. 278 (AJ Van den Berg ed. 2000, el tribunal evaluó la cuestión de la admisibilidad en virtud de la ley procesal y sustantiva aplicable.

Una vez puntualizado lo anterior, debemos indicar que la gran mayoría de los Estados, al igual que se hiciera en el arbitraje de inversiones, han optado por la ya estudiada doctrina de las “manos limpias”, las diferencias y discusiones quedarían dentro del ámbito de la legislación interna. Dicha doctrina pretende guiar al Derecho interno de cada país, para que prohíba cualquier reclamación por cualquiera de las partes que hayan incurrido en corrupción en relación con la materia objeto de la controversia.<sup>510</sup>

Al margen de la cuestión de la admisibilidad o no de dichas alegaciones, un tribunal arbitral podrá evaluar y dictar las consecuencias devenidas por corrupción una vez entre a conocer el fondo del asunto.

Adoptando este enfoque, la legislación nacional en muchos Estados dictará que un contrato adquiridos mediante fraude o corrupción, o cuyo objeto fuera el de pagos corruptos, serán nulos. Como tal, el demandante por haber participado en esa conducta no se le permitirá basarse en el contrato en cuestión al alegar sus pretensiones.

## *2. El efecto que el incumplimiento del orden público transnacional tiene sobre los contratos*

Tal y como ya se ha apuntado, en el caso CCI 1110, el juez Lagergren se enfrentó a este tipo de contrato, en el que las partes habían participado en el soborno de funcionarios públicos argentinos.

El juez se enfrentó a un contrato suscrito entre las partes cuyo fin era el soborno de funcionarios públicos argentinos. Al comentar su reprobación sobre la corrupción internacional; Juez Lagergren declaró:

---

<sup>510</sup> Vid. C. B. Lamm, H. T. Pham y R. Moloo, “Fraud and Corruption in International Arbitration”, *loc. cit.*, pp. 720-724



“aún y cuando estas comisiones no fueron usadas con el único fin de sobornar, una parte sustancial de ellos debía tener la intención de ser usados para tal fin. Ya sea que uno tome el punto de vista de buen gobierno o aquel de ética comercial es imposible cerrar el ojo respecto al probable destino de la magnitud de los montos y por tanto el efecto destructivo del patrón de negocio con la consecuente afectación en el desarrollo industrial. Tal corrupción es maligno; es contrario a los buenos morales y al orden público internacional de la comunidad de naciones.”<sup>511</sup>

El Juez Lagergren negó tener jurisdicción en ese caso, explicando que quien se alía o asocia en una empresa de naturaleza corrupta debe darse cuenta de que han perdido todo derecho a pedir la ayuda de la maquinaria de la justicia (tribunales nacionales o tribunales arbitrales) en la solución de sus controversias.

En el caso SIREXM c. Burkina Faso,<sup>512</sup> se realizó una reclamación en base a un contrato suscrito entre las partes. El tribunal dictaminó que las pretensiones realizadas por la demandantes eran inadmisibles debido que esta había incurrido en un comportamiento corrupto y fraudulento en relación con su acuerdo de inversión.

El tribunal determinó que uno de los altos cargos de los funcionarios del Ministerio de minería fue un elemento clave para hacer posible la adjudicación del contrato para la empresa demandante. El nombre del beneficiario de dicho acto corrupto no se dio a conocer.<sup>513</sup>

---

<sup>511</sup> Traducción propia, citado en el caso *World Duty Free v Kenia*, párrafo 148 del laudo.

<sup>512</sup> *Vid. caso CIADI Société d'Investigation de Recherche et d'Exploitation Minière c. Burkina Faso*, No ARB 97/1, IIC 228 (2000) de 19 de enero de 2000.

<sup>513</sup> *Vid. caso, loc. cit.* párrafos 5.13 y 5.33.

El tribunal emitió un laudo por el que declaró que a la luz de la ley sustantiva y el orden público internacional, la inversión debía ser declarada nula.<sup>514</sup>

En referencia al orden público internacional, no podemos dejar de volver a citar el caso *World Duty Free c. Kenia* en el que el tribunal consideró que el contrato había sido obtenido a través de sobornos. El tribunal declaró que el demandante había violado tanto la ley nacional de Kenia como la inglesa,<sup>515</sup> así como el orden público internacional.<sup>516</sup>

En sus conclusiones dejó de manifiesto que el demandante no tenía el derecho legal de mantener cualquiera de sus pretensiones aducidas en estas actuaciones como una cuestión de orden público internacional en atención a las leyes de aplicación a los contratos.<sup>517</sup>

Tal y como ya ha quedado de manifiesto, el orden público es una de las excepciones jurídicamente válida para negar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. Dicho principio y prohibición está reconocida en el artículo V.2 de la Convención de Nueva York de 1958, así como en el art. 36 de la Ley Modelo de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La doctrina ha sido unánime con respecto de la corrupción, cualquier contrato obtenido mediante este tipo de delito, constituye una violación del orden público internacional.

En el caso *World Duty Free*, el tribunal sostuvo en todo momento que:

---

<sup>514</sup> Vid. caso, *loc. cit.*, párrafos 5.39 y 5.41.

<sup>515</sup> Vid. caso *World Duty Free c. Kenia*, párrafos 158-87

<sup>516</sup> Vid. caso, *loc. cit.*, párrafos 138-87.

<sup>517</sup> Párrafo 288.3. “*The Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings as a matter of ordre public international and public policy under the contract’s applicable Laws*”.

“A la luz de las leyes nacionales y convenios internacionales relativos a la corrupción, y a la luz de las decisiones adoptadas en esta materia por las Cortes y los tribunales arbitrales, este tribunal está convencido de que el soborno es contrario al orden público internacional de la mayoría, si no todos, los Estados o, usar otra fórmula, en el orden público transnacional. Por lo tanto, las reclamaciones basadas en contratos de corrupción o de los contratos obtenidos por la corrupción no pueden ser estimados por este tribunal arbitral.”<sup>518</sup>

En esta misma línea conceptual ha dictaminado la Corte de Apelaciones de París en cuya sentencia sostuvo que un contrato que tenga por finalidad y objeto de un tráfico de influencias a través del pago de sobornos es, en consecuencia, contrario al orden público internacional francés, así como a la ética del comercio internacional tal como se entiende por la gran mayoría de los Estados de la comunidad internacional.

*“A contract having as its aim and object traffic in influence through the payment of bribes is, consequently, contrary to French international public policy as well as to the ethics of international commerce as understood by the large majority of States in the international community”.*<sup>519</sup>

En el ya comentado caso *Holman c. Johnson* en el que Lord Mansfield dejó de manifiesto que toda parte que ejercite una acción inmoral carece de dicho derecho. Un acto inmoral tiene como efecto la ausencia de cualquier derecho jurídico de la parte que preten-

---

<sup>518</sup> Traducción propia de párrafo 157 del laudo del caso *Duty Free*.

<sup>519</sup> Sentencia del 30 de septiembre de 1993, Cour d’Appel de París, *European Gas Turbines c. Westman International Ltd*, Yearbook of Commercial Arbitration, pp. 192-201. Citado en: J. Barratt y H. Ichilcik, “Bribery and International Arbitration, The European and Middle Eastern Arbitration Review” *Global Arbitration Review*, 2011; L. A. González García, “Corrupción, lavado de dinero y el arbitraje internacional”, *Revista latinoamericana de Derecho comercial internacional*, vol. 1, No. 1, 2013.

de alegarlo para defenderse frente a terceros que han corrompido el negocio.

*“...The principle of public policy is this: ex dolo malo non oritur actio. No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal act. If, from the plaintiff's own stating or otherwise, the cause of action appears to arise ex turpi causa, or the transgression of a positive law of this country, there the court says he has no right to be assisted. It is upon that ground the court goes; not for the sake of the defendant, but because they will not lend their aid to such a plaintiff. So if the plaintiff and defendant were to change sides, and the defendant was to bring his action against the plaintiff, the latter would then have the advantage of it; for where both are equally at fault, potior est conditione defendantis”.*<sup>520</sup>

Finalmente, indicar que todos los países que hoy en día son sedes de arbitraje internacional, han manifestado que la corrupción es contraria al orden público transnacional<sup>521</sup>.

---

<sup>520</sup> [1775] 1 Cowp 341, en párrafo 343.

<sup>521</sup> Vid. J. Barratt y H. Ichilcik, “Bribery and International Arbitration, The European and Middle Eastern Arbitration Review”, *loc. cit.*, pp. 10-12



## CONCLUSIONES

### I

La exigencia de una delimitación dogmática del concepto del delito de corrupción encuentra su justificación en su necesidad práctica. Dicha aproximación presupone un gran esfuerzo tenido en consideración por parte de la comunidad regional e internacional y es el resultado de una investigación realizada por distintas áreas de los distintos sectores jurídicos, sociales, económicos y culturales. En esta labor ha incidido especialmente los instrumentos internacionales que han servido como base de la actual legislación.

Desde el punto de vista jurídico, tras los análisis realizados a los diferentes esfuerzos y medidas adoptadas desde las distintas organizaciones e instituciones de carácter sectorial y global podemos concluir que desde el punto de vista legislativo y práctico se considera actos de corrupción activa y pasiva. En el primer caso, cuando se cometa intencionalmente, el hecho de proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a uno de sus agentes públicos, para sí mismo o para algún otro, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones. En el segundo caso cuando se cometa intencionalmente, el hecho de que uno de sus agentes públicos solicite o reciba, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida para sí mismo o para algún otro, o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, con el fin de realizar o de abstenerse de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones.

Se entenderá que existe corrupción de agentes públicos extranjero, cuando se haya consumado al consumarse el delito de corrupción en su forma activa o pasiva y esté implicado un agente público

de cualquier otro Estado. Los delitos de corrupción cometidos por funcionarios internacionales, serían aquellos, tanto en su vertiente activa como pasiva descritos anteriormente en los que estén implicadas algunas personas que tengan “la condición de funcionario o de agente contratado, en el sentido del estatuto del personal, de cualquier organización pública internacional o supranacional de la que sea miembro la Parte, así como cualquier persona, destinada o no a esa organización, que ejerza funciones que correspondan a las de dichos funcionarios o agentes.”

El delito de corrupción de miembros de asambleas públicas extranjeras se entenderá consumado, cuando esté implicada alguna persona que sea miembro de cualquier asamblea pública que ejerza poderes legislativos o administrativos en cualquier otro Estado. y éstos hayan realizado alguna actividad tipificada como corrupción activa o pasiva anteriormente expuesta.

Dentro del sector privado, también puede producirse corrupción activa cuando “cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes.

La corrupción de jueces y de agentes de tribunales internacionales en su vertiente activa y pasiva se considerará que consume el delito “cuando en ellos esté implicada alguna persona que ejerza funciones judiciales en un tribunal internacional cuya competencia sea aceptada por la Parte o cualquier funcionario de la secretaría de dichos tribunales.”

Desde el punto de vista económico puede definirse la corrupción como el coste marginal de corrupción, como el precio del intermediario, en el que el proveedor del servicio se aprovecha de una renta ilícita por la situación de poder que ostenta y que le permitirá amplios márgenes de beneficio.

## II

La globalización ha fomentado la delincuencia organizada transnacional permitiendo que la corrupción se expanda de manera más generalizada por todos los continentes, sin conocer de espacio o fronteras. En muchas ocasiones, la falta de armonización legislativa del pasado ha permitido el enriquecimiento de personas corruptas que en muchos casos se les han permitido elegir una jurisdicción shopping, buscando aquellas leyes que más les beneficiasen en su propia causa ilícita.

La corrupción de funcionarios extranjeros es un tipo de delito que responde a una serie de variables muy similares a la de posiciones dominantes sobre mercados locales. Así mismo que aquellos países cuyos salarios recibidos por las autoridades públicas sean los más bajos, éstos son los que más fácilmente suelen admitir sobornos y consecuentemente, será donde la compra y venta de las voluntades públicas alcanza un mayor nivel de corrupción, y por ende, donde más se repercute negativamente sobre las variables macroeconómicas. Esto no significa que la corrupción surja de la pobreza, sino que la propia pobreza es el germen que provoca en gran medida el crecimiento de la corrupción al recaer los sobornos en manos de muy pocos y encarecer los costes de las economías domésticas.

La corrupción internacional provoca un aumento de los costes en cualquiera de las transacciones internacionales, realizadas entre cualquiera de los países, evitando más fácilmente la transparencia necesaria de los mercados, afectando a la competencia de manera negativa y perjudicando al desarrollo económico de cualquier comercio, provocando que aumente la desconfianza entre las naciones y causando dificultades en una adecuada asignación de recursos.

Las principales modalidades de corrupción tratadas han sido: el blanqueo de capitales, entendiéndose por dicho capital, todo el producto que sea consecuencia de realizar un acto de corrupción, entendiéndose que este delito se consumaría en aquellos supuestos en



los que cualquier persona realice la utilización del sistema bancario o financiero a escala tanto nacional como internacional, para poder convertir dinero con procedencia ilícita, es decir, obtenido de actividades delictivas, en dinero de libre circulación, curso legal y totalmente limpio de ilicitud que posteriormente podrá ser utilizado en financiar actividades del crimen organizado y en particular tráfico de drogas.

### III

Los delitos de corrupción también proliferan en las transacciones comerciales y el arbitraje internacional, por ello, los tribunales de las distintas sedes arbitrales cada vez tienen más en cuenta cualquier alegación de prácticas corruptas, a la hora de emitir un laudo y su posterior ejecución. Poco a poco el árbitro internacional ha ido tomando conciencia de la abundante normativa que se ha promulgado en la lucha contra este delito, por ello podemos decir sin miedo a equivocarnos que han pasado de una actitud ligeramente pasiva a otra mucho más activa.

Existen ciertos denominadores comunes que se muestran en casi todos los supuestos examinados en los que han existido alegaciones de corrupción por cualquiera de las partes, e incluso aquellos en los que los árbitros han examinado la presunta existencia de este delito de oficio.

Dichos factores serían principalmente: el tipo de contrato en el que se basa la relación contractual, entre los que cabe destacar los de asesoría técnica, comisión, corretaje, consultoría, mandato, agencia, representación, asistencia administrativa; la cantidad total en concepto de honorarios que se debe abonar a una de las partes, el pago se suele calcular en base a un porcentaje, las cantidades porcentuales suelen ser muy elevadas, y por ende, el porcentaje es calculado sobre una cantidad que suele ascender a millones; la falta de pruebas de la realización de la actividad para la que fue contra-

tada una de las partes; el intermediario suele ser una sociedad off-shore, cuya existencia filial social o personal es en la mayoría de los casos inexistente; por último, el lugar de ejecución del contrato suele ser un país con un alto índice de corrupción

El razonamiento arbitral es un requisito en cualquier laudo, dicho razonamiento encuentra su justificación en la necesidad de que el árbitro debe seguir un hilo conductor que facilite el trabajo y posterior comprensión de futuros examinadores o revisores del laudo emitido. De otro lado, la necesidad de esta motivación encuentra su sentido en que las decisiones singulares emitidas por un tribunal arbitral en el laudo, pueden reverberar más allá de las propias partes y afectar directamente sobre un Estado o afectar incluso en la comunidad arbitral. La falta de motivación puede ser un motivo de anulación de un laudo arbitral, así ha quedado de manifiesto a través de los reglamentos de distintas sedes arbitrales.

Los pronunciamientos categóricos en los laudos sobre que la corrupción es ilegal, inmoral, y contraria al orden público son cada vez más frecuentes en dicha jurisprudencia arbitral. Este requisito de motivación en el laudo, ayuda en la medida de lo posible en la lucha contra la corrupción dentro del arbitraje internacional

Las actitudes arbitrales adoptadas con respecto a la corrupción durante las últimas décadas han sido diferentes. La primera de ellas es la conocida como actitud “represiva” entendiendo por tal, la disposición que tiene un tribunal arbitral en estudiar, analizar y emitir una conclusión respecto de una alegación de corrupción. La segunda de ellas, sería la “indiferente” en la que los tribunales se ceñirían más a la letra del contrato y al Acta de Misión encomendada. Personalmente, considero que existe una tercera, la que he denominado postura “legalista”, las otras dos posturas, actualmente han quedado obsoletas, pues si bien es cierto que la naturaleza filosófica de cualquier persona, se decantaría por una u otra postura, actualmente el árbitro está sometido a la ley aplicable al contrato y a su propio reglamento arbitral, por lo que al margen de su opinión privada, siempre va a estar limitado por la normativa que le rodea.

## IV

Los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos revisten una gran importancia en las relaciones internacionales entre los Estados.

Pese a esa inicial intención de interacción entre Estados, algunos autores, han considerado factible la posibilidad de aplicación de este articulado en algunos supuestos en los que un funcionario público de un Estado receptor de una inversión extranjera, haya cometido un acto de corrupción. De hecho en alguno de los supuestos analizados se ha podido concluir que al menos los tribunales han sopesado la posibilidad de responsabilidad de algún modo, dentro del marco legislativo, en aquellos casos en los que han considerado que el Estado podría haber sido culpable de prácticas corruptas. Sin embargo, muchas son las posibilidades de una solicitud de anulación del laudo arbitral por parte del Estado perjudicado para que los tribunales arbitrales, al menos de momento, vayan a presentar este tipo de batalla. Uno de los laudos pioneros en este sentido aunque de manera tímida, ha sido el del caso Metal-tech en el que el tribunal, aunque no atribuyó responsabilidad al Estado receptor, de manera directa, indirectamente si le condenó al pago de las costas por la participación de sus funcionarios públicos en un acto internacionalmente ilícito.

Cualquier acción de solicitud de soborno por parte de un funcionario público a un inversionista extranjero, podría desembocar en la responsabilidad de este acto ilícito atribuible al Estado receptor, siempre que dicha ilicitud sea probada y el inversor en ningún momento sea partícipe de dicho delito. Puesto que si la parte a la que le es solicitado el soborno, aceptara y realizada el pago, el delito habría sido consumido por ambas partes y el Estado quedaría libre de este tipo de responsabilidad.

Existe cierta asimetría entre la responsabilidad de una empresa por los actos ilícitos cometidos por sus representantes a la del Estado de acogida por los actos de corrupción cometidos por sus fun-

cionarios públicos. La empresa siempre se la considera responsable de los actos de sus representantes y el Estado únicamente en aquellos en los que el inversionista es inocente y pueda llegar a demostrar la culpabilidad del funcionario público, hecho este hasta el momento bastante improbable.

La justificación de que el Estado no es responsable de un delito de corrupción en la modalidad de soborno de un funcionario público en la que dicho agente público y el inversor, ambos son culpables del delito, es porque por considerarse que el funcionario público está extralimitando su autoridad y actuando en busca de un beneficio personal, por lo que jurídicamente habría que aplicar la legislación oportuna a la de los supuestos en los que los órganos del Estado han actuado con un exceso de autoridad o en violación de las instrucciones correspondientes a su cargo. En la misma medida, el Estado no sería encontrado responsable de esta conducta ilícita porque el inversor a sabiendas de que el funcionario actuaba en la esfera privada, y no en la estatal, dicho inversor ha actuado como cómplice y coautor del delito. No obstante lo anterior, resulta difícil para la doctrina la delimitación de los actos “*ultra vires*”, entendiendo como tales, los privados y no atribuibles al Estado, de aquellos en los que de buena fe creen que ciertos órganos del estado actúan en nombre y representación del Estado.

Para que el un delito de corrupción pueda darse la atribución de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, deben concurrir los requisitos de que el funcionario público esté en plena facultades en el ejercicio de sus funciones, que el inversor privado no haya admitido la solicitud y entregado el soborno. Mientras no se demuestro lo contrario, existe una presunción de inocencia con respecto al Estado, de que él no está implicado en la corrupción de sus agentes públicos. Y el último de los requisitos, que las pruebas de la culpabilidad del funcionario e inocencia del inversor sean irrefutables.

Una vez más nos encontramos con cierta asimetría entre el Estado receptor de la inversión y el inversor extranjero. Mientras que hacia el Estado existe una presunción de inocencia, el inversionista carece de dicha presunción, él debe demostrar su inocencia. La jus-

tificación se encuentra en el principio de “bienestar público”, ya que en el supuesto de que se encontrara culpable al Estado, éste debería abonar la sanción económica de las arcas públicas. A algunos autores no les convence este argumento que pretende salvar el escollo de asimetría entre ambas partes.

En aplicación del Derecho internacional sobre los artículos de responsabilidad de los Estados por hecho internacionalmente ilícitos, los Estados anfitriones deberán de observar el buen comportamiento de sus funcionarios. Y los propios tribunales arbitrales, si fuera necesario, obligar a dichos Estados al severo cumplimiento de estas normas por parte de sus agentes públicos. Difícilmente podrá lucharse contra la corrupción a través del arbitraje internacional de inversión si los tribunales únicamente sancionan al inversionista. Sin sanción hacia el Estado receptor, la historia de corrupción se repetirá una y otra vez, hay que intentar de algún modo que los Estados se comprometan plenamente en esta lucha. Una primer paso en esta dirección podría ser que los tribunales pudieran exigir al Estado que alega un hecho corrupto que este previamente haya iniciado un procedimiento penal contra los funcionarios públicos corruptos.

## V

El principio de separabilidad o divisibilidad, inmuniza al convenio arbitral contra la suerte del contrato principal, sin importar que dicho contrato termine por su nulidad, resolución, cancelación, novación, o de la inexistencia misma de éste. El acuerdo de arbitraje deberá ser entendido como un compromiso alcanzado por las partes totalmente independiente del resto de las estipulaciones del contrato. Dicho principio se sustenta en que el acuerdo de someterse las partes a arbitraje en caso de desacuerdo, no debe entenderse como una cláusula más del contrato, es como si existieran dos negocios jurídicos independientes dentro del mismo contrato, de tal modo que en caso de que si uno de los negocios se convierte en ineficaz, esta no afecte necesariamente al otro negocio. No debemos confundir dicha independencia entre el contrato y la cláusula como si

dicha cláusula fuera un contrato autónomo, no es así, puesto que esta tiene su razón de ser en el propio contrato, cualquier desavenencia que nazca con respecto al mismo. Esta presunción legal de que el acuerdo de arbitraje es válido, se mantendrá hasta que se demuestre que dicho acuerdo es contrario a la legislación vigente o al orden público.

El orden público puede incidir sobre el acuerdo de sometimiento a arbitraje de tres formas diferentes: en la materia, si esta no es susceptible de ser sometida a arbitraje; en la formación del acuerdo; y por último el control del objeto de las diferencias.

Si bien el principio de divisibilidad, permite a la cláusula arbitral cierto margen de seguridad evitando que los problemas derivados del contrato principal, llegue a afectar a dicho sometimiento a arbitraje. Debemos concluir que cuando que pese a que alegue que un contrato del que está conociendo un tribunal arbitral está basado en actos de corrupción, dicho motivo es insuficiente para que dicho tribunal carezca de jurisdicción para conocer del objeto de su cometido. El arbitraje debe continuar su procedimiento y el tribunal proceder a la búsqueda y examen de las pruebas presentadas por las partes. Algún sector doctrinal ha dictaminado que dependiendo de la gravedad de la violación del orden público, el principio de divisibilidad podría quedar afectado o no.

Por lo que dependiendo de la medición del grado del carácter ofensivo de la corrupción, se permitirá o no la aplicación del principio de separabilidad. Si la violación adoptase una ofensa de grado “bajo”, el principio de separabilidad quedaría indemne, aunque daría lugar a un laudo que “aprobaría” dicho carácter ofensivo. La justificación a esta corriente no podría ser otra que una política de fomentar el arbitraje comercial internacional.

En ciertos términos, un contrato afectado por una nulidad, no afecta a su cláusula arbitral en virtud del principio de separabilidad, el tribunal tiene competencia y jurisdicción para conocer y evaluar el caso llegando a última instancia a dictaminar si existe o no dicha nulidad contractual.

Los tribunales arbitrales tienen la obligación de investigar las alegaciones de corrupción, sin embargo según algunos autores, han considerado que existen unos límites tales como: la observancia del Derecho y el procedimiento arbitral; tener en consideración la carga de la prueba y los estándares de la misma; adherirse a la legalidad y el cumplimiento del contrato objeto de la controversia; evitar en la medida de lo posible, la admisión de la alegación de corrupción como mera argucia jurídica para excluir la jurisdicción arbitral; las propias medidas de confidencialidad a las que queda sometido el arbitraje; lo que conlleva a la falta de la obligación de denunciar del árbitro ante otra jurisdicción por encontrarse limitado por dicha confidencialidad; y el propio derecho que tienen las partes de no inculparse a sí mismas.

## VI

La práctica arbitral ofrece una serie de elementos comunes que se repiten, dejando ciertas semejanzas especialmente en relación con la fase de las alegaciones del procedimiento arbitral.

La corrupción ha sido alegada como medio de defensa por parte del Estado receptor como estrategia de defensa. En muy pocas ocasiones la alegación de corrupción ha sido realizada por el inversionista, quizás porque la consecuencia inmediata sea la de la finalización de un arbitraje de inversión. Por lo que las causas de alegaciones de corrupción mayoritariamente presentadas por el país anfitrión se deban a una estrategia legal con intención de: impugnar la competencia del tribunal arbitral; recurrir la admisibilidad de las alegaciones planteadas; solicitar la anulación del acuerdo de inversión subyacente en el contrato.

Los supuestos en los que los inversores plantean una cuestión de alegación sobre corrupción sin inculparse a sí mismos, son prácticamente nulos. La reclamación que plantean los inversores son de intentos de extorsión o solicitud de soborno por parte de un funcionario público del Estado anfitrión con la finalidad de obtener un contrato de inversión o para mantener y prolongar uno ya existente.

El inversor considera dicha actuación como una violación de las garantías de protección y de seguridad, trato justo y equitativo, principios estos contemplados en los Tratados de inversión. Sobre el hecho de no inculparse el propio inversor cuando alega que la otra parte le está extorsionando o solicitando cualquier soborno, debe quedar claro que en ningún momento, la parte que argumenta este delito, ha realizado pago alguno a la otra parte, ya que en ese caso estaríamos hablando de un delito de corrupción consumado por ambas partes y consecuentemente no cabría desde el punto de vista jurídico existiría una implicación delictiva por parte de los inversores.

Jurisprudencia arbitral ha dejado de manifiesto que si la alegación de soborno, se trata de una mera “sospecha” y posteriormente ésta no ha quedado suficientemente demostrados los hechos alegados dicha defensa no será admitida por el tribunal.

Los tribunales arbitrales a la hora de exponer sus razonamientos, buscan su fundamento y apoyan su argumentación en los distintos convenios promulgados en la lucha contra la corrupción, por ello requieren que cuando se alegue corrupción, por esta se entienda lo mismo que dichos instrumentos jurídicos, junto con otro elemento, que el acto de corrupción fuera “preciso” y se pudiera concretar en hechos demostrables y concretos.

Los tribunales arbitrales son conscientes que obtener los estándares necesarios para probar una alegación de extorsión o solicitud de soborno por parte de un agente público a un inversor extranjero es una labor muy difícil.

## VII

Del estudio realizado sobre como afectaba el tratamiento de los tribunales arbitrales atendiendo a qué parte planteaba la corrupción, se ha seguido las tendencias o patrones adoptados por las partes.



Cuando la alegación es interpuesta por un Estado receptor, el motivo suele ser por cuestiones perentorias, es la base para formular ante el tribunal la desestimación del caso en su totalidad. La vía jurídica para evitar la jurisdicción a arbitraje, porque si se demuestra que ha habido un acto de corrupción dicho acto es contrario a las leyes vigentes y tratados de inversiones y contraria al orden público lo que conlleva la consecuencia lógica de que los tribunales arbitrales no tienen jurisdicción para conocer de ese contrato.

Cuando la alegación es presentada por el inversor extranjero. Tiene que darse el requisito de que el acto de corrupción no ha sido consumado. La tendencia o postura adoptadas por los tribunales sobre este tipo de denuncias es la de admitir su jurisdicción para más adelante, iniciado el procedimiento, pasar a estudiar el fondo del asunto conjuntamente con el resto de reclamaciones u objeciones planteadas por las partes.

Existe multiplicidad de patrones en las alegaciones de corrupción presentadas por las partes ante los tribunales arbitrales. De los supuestos analizados en los que se ha alegado corrupción, dicho análisis revela una sorprendente multiplicidad de patrones.

De la casuística analizada en la que el inversionista extranjero planteó la excepción de la jurisdicción del tribunal basando dicha demanda en actos de corrupción por parte del Estado anfitrión podemos resumir la estrategia en las siguientes alegaciones: solicitudes de soborno cuando el inversionista estaba negociando un contrato de petróleo y gas con la empresa pública de energía del Estado de acogida; si el soborno no fue aceptado el Estado promulgó una serie de regulaciones perjudiciales para la inversión realizada por la demandante; otra alegación fue la solicitud de soborno realizada por un juez nacional para beneficiar al inversionista impidiendo la incautación de su inversión; solicitud del pago de un soborno para la ampliación de un acuerdo de inversión; soborno requerido a una empresa extranjera de la competencia, para si ésta aceptaba, negar la licencia requerida por el inversor.

El que el intento de extorsión o solicitud de soborno tuviera lugar en diferentes momentos de la relación contractual establecida entre las partes del proceso, no queda claro que dicho factor tiempo sea

determinante sobre las conclusiones arbitrales. Mientras que en los supuestos en los que las alegaciones fueron presentadas como medio de defensa por parte de los Estados receptores, dieron lugar a dos patrones principalmente: la corrupción se llevó a cabo en el inicio de la inversión extranjera; y la corrupción se realizó durante la vida de la inversión, (generalmente durante el período de ejecución del contrato).

## VIII

La corrupción es un delito, contrario a la ley, la moral y el orden público internacional y por lo tanto debe ser sancionado por cualquier tribunal arbitral, igualmente, dichos tribunales en manifestado en numerosas ocasiones que las alegaciones sobre cargos de tan extrema gravedad, deben ser fehacientemente probados. Los árbitros no son ajenos a que la exigencia de la prueba es bastante alta lo que supone que en la mayoría de los casos, demostrar este tipo de delito sea bastante difícil. Estos factores en principio de apariencia contradictorios, plantean ciertos problemas e interrogantes acerca de cuestiones tales como: quién debe soportar la carga de la prueba; que estándares mínimos debe presentar dicha prueba; y cuál debe ser el rol del árbitro a la hora de dictar su laudo con respecto a todas las pruebas analizadas. Cómo deben valorar la propia prueba en sí, desde una postura proactiva, indiferente o legalista en descubrir la corrupción o por el contrario más legalista y ceñirse únicamente a las pruebas.

La postura adoptada por los tribunales ha variado dependiendo a que sistema de derecho se han referido, esto es, el Derecho anglosajón, *common law* y el *civil law*. En términos generales, la regla de estándar de prueba en el Derecho anglosajón es la de “balance of probabilities”, mientras que en el Derecho continental es el “*inner conviction*” del juez.

El uso del estándar de la prueba en base al balance de probabilidades, puede llegar a ser insuficiente en aquellos supuestos en los que se desplaza la carga de la prueba o las acusaciones pueden traer repercusiones penales, en esos casos los tribunales han considerado insuficientes este estándar de prueba. Cuando se alega que la otra parte ha realizado un acto penado legalmente, es requisito indispensable el adoptar un nivel superior de prueba cuyo resultado sea una prueba mucho más “clara y convincente”. Los tribunales han sido tajantes en estos casos de gran gravedad y repercusión penal y por ello ha exigido que el estándar de prueba sea “elevado”.

Tras un análisis de numerosos casos de arbitraje comercial y de inversión puedo concluir que ambos estándares de prueba han encontrado cabida en la jurisprudencia arbitral, si bien va a depender del análisis caso por caso que realice el propio tribunal a la hora de optar por un estándar ordinario u otro más elevado. Otro resultado, que arroja dicho análisis es el de que cada vez más a menudo los árbitros admiten estudiar acusaciones de soborno y corrupción basándose en pruebas indirectas pero verdaderamente fiables. Lo que demuestra que poco a poco el estado actual de los principios probatorios en materia de corrupción podría estar alejándose de aquella postura algo encorsetada de gran uniformidad y de la rigidez del “alto nivel de la prueba”.

Todos los casos de corrupción tienen los que un gran número de autores han llamado “banderas rojas”, son actos, o rasgos que todos estos casos comparten, “señales de advertencia” que identifican la posibilidad de que se hayan realizado actos corruptos.

Las consecuencias jurídicas de evidencias de existencia de corrupción van a depender del tipo de contrato del dimane la diferencia entre las partes.

Las verdaderas reclamaciones contractuales suelen estar enmascaradas tras un contrato de aparente legalidad y generalmente se podrían resumir en estos tipos o modelos: un intermediario cuya intervención es necesaria para ayudar a suscribir un contrato entre un Gobierno determinado y un alto cargo de la empresa; la reclamación versa sobre el impago de una comisión que se le adeuda al que hiciera de intermediario; otras veces, el intermediario ha sido el

encargado de obtener un contrato con el Gobierno oportuno tras las aprobaciones y requisitos necesarios para la obtención del mismo, y el alto cargo de la empresa que se beneficiada de dicho contrato presenta el inicio de un arbitraje reclamando los pagos hechos a dicho intermediario porque consideran que no han cumplido con todos los requisitos y esfuerzos estipulados en el contrato; el Estado o entidad estatal que otorgó el contrato pretende que quede de manifiesto que la demandante adquirió el contrato mediante corrupción a través de sus representantes o intermediarios, lo que consecuentemente conlleva a que el demandante no está legitimado para ejercer cualquier pretensión contra él o cualquier reclamación basada en un contrato cuya nulidad afecta a la cláusula arbitral; cabe señalar también otro supuesto, aunque menos usual, en el que ambas partes son privadas y/o no existe un contrato de intermediario entre las partes. Un ejemplo de este último escenario, sería en el que una parte soborna a un agente de la otra parte privada con el fin de obtener un contrato con ésta última.

## IX

Las cuestiones, de admisibilidad y fondo del asunto, vienen determinadas por la ley aplicable previamente elegida por las partes.

Sobre los efectos de contratos en los que existen indicios de corrupción, hay que distinguir entre los que se han obtenido mediante actos de corrupción y los contratos que contemplen la corrupción. Los contratos obtenidos mediante prácticas corruptas son meramente anulables a instancia de la parte inocente si la hubiere, mientras que los contratos que se presentan con apariencia de legalidad pero en realidad prevén la corrupción son nulos y sin efecto.

Las consecuencias jurídicas son diferentes entre uno y otro tipo de contrato. Mientras que un contrato anulable es intrínsecamente válido, capaz de producir medidas legales por parte de la parte inocente, un contrato nulo, merece ser sancionado por carecer de los requisitos legales indispensables para otorgar validez sobre dicho contrato, por lo tanto debe ser considerado ineficaz. El Dere-

cho consuetudinario inglés, permite que la parte no culpable del acto de corrupción pueda optar por anular o no el contrato, con lo que en caso de seguir adelante, podría hacer cumplir a la otra parte los términos del acuerdo, sin embargo, una vez conoce de la existencia de corrupción, desde ese momento puede perder el derecho a partir a rescindir el contrato. Todo contrato anulable produce efectos mientras no se declare su invalidez, y para que dicha invalidez sobre venga al contrato, debe ser ejercida por una acción de anulabilidad, en nuestro caso, una acción que debe ser ejercitada por la parte inocente, pero el contrato no se volverá ineficaz hasta que no lo haya manifestado en este sentido la autoridad pertinente.

Del razonamiento basado en los casos analizados podemos obtener una serie de planteamientos arbitrales y las conclusiones a las que llegaron los distintos tribunales arbitrales:

Sobre la legitimación activa de la parte que obtuvo su inversión mediante corrupción, los tribunales han concluido unánimemente, que éstos han perdido cualquier derecho a invocar el Derecho internacional en defensa de su inversión; una inversión sustentada en flagrante violación de la Ley y del orden público carece de derecho y capacidad alguna para recabar una inversión como legítima ante cualquier tribunal arbitral.

Sobre la jurisdicción y competencia del tribunal para conocer de un negocio jurídico basado en delitos de corrupción, declinaría tener cualquier facultad para conocer y dictar sobre el asunto desde el momento en que los hechos delictivos quedasen de manifiesto.

Los fundamentos jurídicos que provocan la nulidad absoluta en un contrato comercial internacional principalmente son: que dicho contrato sea contrario a la legislación nacional donde fue celebrado; que el mismo sea contrario al orden público; que un contrato basado en corrupción ha sido declarado inmoral por la comunidad internacional; y que la corrupción afecta al interés general. Cualquiera de las partes implicadas en un contrato está legitimado para solicitar su nulidad.

La principal consecuencia de la declaración de una nulidad es que el contrato se convierte en ineficaz; deja producir los efectos

deseados por las partes contratantes, no han de tenerse en cuenta para la valoración de otros hechos o actos jurídicos, entre las partes o con relación a terceros.

Sobre el efecto de la nulidad de los contratos ilegales parcialmente realizados posemos decir que el Derecho pretende sancionar a ambas partes y como consecuencia se les niega el derecho del reintegro o restituir las acciones a un momento anterior a la celebración de dicho contrato. La justificación a esta postura se encuentra en que los tribunales consideran que los actos corruptos no merecen protección o justicia en beneficio de los actores de dicho delito permitiéndoles reclamación o compensación alguna.



## BIBLIOGRAFÍA

### I. Obras generales.

- Bielsa, R.: *Compendio de Derecho Público III*, Buenos Aires, La Ley, 1952.
- Brownlie, I.: *System of the Law of Nations: State Responsibility Part I* 1ª ed. Oxford University Press, 1983.
- Fouchard, P., Gaillard E y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international et l'ordre public*, París, LGDJ, 1999, p. 233, par. 419.
- García Trevijano, J.A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1997.
- Palao Taboada, C.: *Derecho Financiero y Tributario I. Introducción, Derecho Presupuestario, Ingresos Públicos no Tributarios*, Madrid, Colex, 1985.
- Parada, R.: *Derecho Administrativo II: organización y empleo público* (11ª ed.), Madrid, ed. Marcial Pons, 1997.
- Terre F., Simler P. y Lequette Y., *Droit civil, les obligations*, 10ª ed. Dalloz, 2009, p. 338, par. 405.
- Poudret, J.F. y Besson S.: *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zürich, LGDJ, 2002.
- Poudret, J.M. y Besson S.: *Comparative law of International Arbitration*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 2007.
- Redfern, A. y Hunter M.: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p.263.



Redfern A., Martin Hunter J., Blackaby N. y Partasides C.: *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.

## II. Monografías

Ackerman, S. R.: *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge University Press, 1999.

Aguilar Álvares, G. y Reisman W.M.: *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration: Critical Case Studies*, Danvers, Martinus Nijhoff publishers, 2008.

Beale, H.G.: *Chitty on Contracts*, 30ª ed., Sweet & Maxwell, 2008.

Bishop R. D., Crawford J. y Reisman W.M.: *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, 2ª ed. Kluwer, 2005, pp. 759–86.

Boquera Oliver, J. Mª.: *La selección de contratistas: procedimiento y selección y contrato*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

Borghi, M. y Meyer-Bisch, P.: *La corruption. L'envers des droits de l'homme*, Friburgo, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1995.

Born, B.: *International Commercial Arbitration*, London, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 2183.

Broches, A. *Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment, The Art Of Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1982.

Chedly, L.: *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, Túnez, Centre de publication Universitaire, 2002.

Cheng, B.: *General Principles of Law as Applied by International Courts and tribunals*, Cambridge University Press, 1953.

- Court, de Fontmichel A.: *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, París, ed. Panthéon-Assas / Thèses, 2004.
- Crawford, J.: Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios, Dykinson, 2004.
- Crawford, J.: *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, No. 74, 2002.
- Delvolvé, J-F y Pointon, G.: *French Arbitration Law and Practice. A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, 2ª ed., 2009, Wolters Kluwer.
- Dessementet, F y Ansay, T.: *Introduction to Swiss Law*, Kluwer Law Int., 3 ed., 2004.
- Dezalay, Y. y Garth, B.: *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1996.
- Douglas, Z.: *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009.
- Enonchong, N.: *Illegal Transactions*. London, LLP Ltd, 1998.
- Fabado i Alfonso, E.: *Auditoría de economía, eficiencia y eficacia en el Sector Público: principios, normas, límites y condiciones para su realización: aplicación práctica*, Navarra, Cámara de Comptos de Navarra, 1989.
- Fabián Caparrós, E.A.: *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998.
- Fabián Caparrós, E.A.: *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998.
- Fabián Caparrós, E.A.: *La corrupción del agente público extranjero e internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003

Fabre, F. y Albiñana, C.: *El control de la Hacienda pública*, Madrid, Rialp, 1971.

Fernández Rozas, J. C.: *Tratado del arbitraje comercial en América latina*, Madrid, Iustel, 2008.

Ferré Olivé, J.C.: *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario: Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. II. Salamanca, Universidad de Salamanca, 2002.

Gómez Sánchez, Y.: *El tribunal de Cuentas: el control económico -financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

Higgins, R. *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1994.

Hurtado Cobles, J.: *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamericana*, Barcelona, Atelier, 2009.

Jaequet, J.M y Delebecque, P.: *Droit du commerce international*, 3 ed., Paris, Dalloz, 2002.

Klabbers, J.: *An introduction to international institutional law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Kofele-Kale, N.: "Holding Heads of State and Other High Ranking Officials Individually Liable for Acts of Fraudulent Enrichment", *The International Law of Responsibility for Economic Crimes*, 2ª ed., Ashgate 2006.

Lamzon, A.P.: *Corruption In International Investment Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, 2014.

Laporta, F. y Álvarez, S.: *La corrupción política*, Madrid, Alianza, 1997.

Lascoumes, P.: *Corruptions*, París, Presses de Sciences Po, 1999.

Lew, J.: *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*, Nueva York, Oceana Publications, Inc., 1978.

- Lewison, K.: *The Interpretation of Contracts*, 6ª ed., Sweet & Maxwell, 2015.
- Malem Seña, J.F.: *El fenómeno de la corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- Malem Seña, J.F.: *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- Manacorda, S.: *La corruzione internazionale del pubblico agente. Lenee dell'indagine penalistica*, Nápoles, Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli, 1999.
- Manfroni, C.A.: *Soborno transnacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- Miaja de la Muela, A. : “Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux“, en *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1968.
- Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.J.: “*Del tráfico de influencias*“, *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Pamplona, Aranzadi, 2008.
- Moreno Catena, V.: *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Madrid, Montecorvo, 1980.
- Muchlinski P., Ortino F. y Schreuer C.: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.
- Orrego Vicuña, F.: *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society* Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Otero González, M. del P.: *Justicia y Secreto Profesional*, Madrid, Universitaria Ramón Areces, 2001.
- Parejo Gamir, J. A.: *La política económica de reformas estructurales*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.
- Queneudec, J.-P. *La Responsabilité Internationale de l-Etat pour les Fautes Personnelles de ses Agents*, Paris, LGDJ, 1966.
- Racine, J.-B. : *L'arbitrage commercial international et L'ordre public*, París, LGDJ, 1999.

Rezzoagli, B. A.: *Corrupción y contratos públicos*, Salamanca, Ratio Legis, 2004.

Ripert, G. : *La règle morale dans les obligations civiles*, 2ª ed. Paris, LGDJ, 1927.

Rivero Ortega, R.: *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

Rodríguez Puerta, M.J.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Aranzadi, 2007.

Sandifer, D.V.: *Evidence before International tribunals*, Virginia, University Press of Virginia, 1975.

Savona, E.U. y Mezzanotte, L.: *La corruzione in Europa*, Roma, Carocci Editore, 1998.

Sayed, A.: *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer, 2004.

Schreuer, C.H.: *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

Seraglini, C.: Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001.

Sosa Wagner, F.: *Organización y control del sector empresarial público en España*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos (IEA), 1971.

Termes Ángles, F.: *La auditoría de performance en el sector público. Control de eficacia, eficiencia y economía*, Madrid, ed. Instituto de Defensores Jurados de Cuentas de España, 1991.

Theobald, R.: *Corruption, Development and Underdevelopment*, Durham, Duke University Press, 1990.

Treitel, G. H.: *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

Valeije Álvarez, I. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario; el delito de cohecho*. Madrid, Edersa, 1996.

Villiger, M.: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2009, p. 626.

Wigmore, J. H., *A Student's Textbook of the Law of Evidence*, The Foundation Press, Inc, 1935.

### III. Artículos en publicaciones periódicas y en obras colectivas

Ago, R.: "Fourth Report on State Responsibility", *II ILC Yearbook* No. 95, 1972, párrafo. 60

Alcalá Pérez-Flores, R.: "La Corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones internacionales. La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, Suplemento al N° 2015, 15 de junio de 2006, pp. 212-213.

Alvarez, G.: "Mapping the Future of Investment Treaty Arbitration as a System of Law", *Proceedings of the 103rd Annual Meeting of the American Society of International Law*, 25-28 de marzo 2009, p. 329.

Amerasinghe, C.F.: "Jurisdiction Ratione Personae Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Others States", *British Yearb. Int'L L.*, vol. 47, 1974-1975, pp. 227.

Arimany Lamoglia, E.: "La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público (Crónica del caso "Centro de Ocio de la ciudad de Roanne")", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n°. 133, pp. 65-88.

Ayres, I.: "Judicial Corruption: Extortion and Bribery" *Denver U. L. Rev.* No. 74, 1997, pp.1231, 1236-7.

Barratt, J. e Ichilcik, H.: "Bribery and International Arbitration, The European and Middle Eastern Arbitration Review" *Global Arbitration Review*, 2011.

Benito Zaldo, R. De: "La adjudicación del contrato administrativo en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". *Revista Actualidad Administrativa*, nº 11, 1997, p. 117.

Bernasconi, P.: "Convenzione internazionale sulla prevenzione e la lotta a la corruzione di pubblici ufficiali" *Rivista trimestrale di diritto penale Dell'economía*, nº.1, 1993, pp. 1129-1145

Bolle, P.H.: "Pratiques de corruption et transactions internationales", *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 53, nº 1-2, 1982, pp. 341-348.

Brademas, J. y Heimann, F.: "Tackling International Corruption", *Foreign Affairs* (FA), vol. 77, nº 5, septiembre-octubre de 1998, pp.17-22.

Bum Kim, J.: "Korean Implementation of the OECD Bribery Convention: Implications for Global Efforts to Fight Corruption", en A. Alvazzi Del Frate y G. Pasqua *Responding to the Challenges of Corruption*, UNICRI-ISPAC- CNPDS, Roma-Milán, 2000p. 47.

Caron, D.: "The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority" *Am. J. Int'l L.* No. 96, 2002, pp. 857, 872.

Cartier-Bresson, J.: "Las causas y consecuencias de la corrupción: análisis económico y lecciones aprendidas", *OCDE: Las reglas del juego cambiaron; La lucha contra el soborno y la corrupción OCDE*, México, 2000, pp. 207-234.

Cassese, A.: "The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia", *Eur. J. Int'l L.*, 18, 2007, p. 649;

Cavalerie, P.: "La Convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions internationales" *Ann. fr. dr. int.*, vol. XLIII de 1997, pp. 609-632.

Cerezo Domínguez, A.I.: "La adaptación del sistema jurídico-penal español a internacionales sobre corrupción administrativa", *Actualidad Penal*, nº 21, 2001, pp. 453-457.

- Cockcroft, L.: "Globalización de los mercados y corrupción. El marco internacional para la lucha contra la corrupción internacional", *ICE*, nº 741 mayo 1995, p.35.
- Condorelli, L. y Kress, C.: 'The Rules of Attribution: General Considerations', en *The Law of International Responsibility* (J. Crawford et al. (eds.)), Oxford University Press, 2010, pp. 221, 225.
- Crawford, J.: "First Report on State Responsibility", *II ILC Yearbook* Vol. 33 No. 4, 1998, párrafo. 154.
- Crawford, J.: "The System of International Responsibility", en *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, pp. 17, 20.
- Crawford, J.: "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration*, London, 29 November 2007, p. 5.
- Cremades, B. M. y Cairos, D.J.A.: "Orden público transnacional en el arbitraje internacional: cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable", *Revista de direito bancário do mercado de capitais e da arbitragem*, vol. 6, n. 20, abr./jun. 2003, pp. 283-308.
- Cremades, B. M.: "Corruption and Investment Arbitration", en *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, París, 2005, p. 203.
- Cremades, B.M. y Cairns, D. J. A.: "Transnational public policy in international arbitral decision-making: The cases of bribery, money laundering and fraud" en *Arbitration Money Laundering, Corruption and Fraud*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, K. Karsten y A. Berkely (eds.), ICC Publishing 2003, pp. 65-91;
- Cremades, B.M.: "Corruption in Investment Arbitration", en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum Robert Briner, Gerald Aksen* (ed.), ICC Publications, 2005, pp.203, 216.
- Crivellaro, A.: "Arbitration case law on bribery: issues of arbitrability, contract validity, merits and evidence" en *Arbitration Money Laundering, Corruption and Fraud*, Kristine Karsten and Andrew Berkeley ed., Dossiers ICC Institute of World Business Law, Wolters Kluwer Law & Business, 2003, pp. 114-118.



Cuesta Arzamendi, J.L. y Blanco Cordero, I.: “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales”, *Revista de ciencias penales*, vol. 4, 2001-2002, pp.9-29.

Cuesta Arzamendi, J.L.: “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, nº 17, 2003.

Dannemann, G.: “Illegality as Defence Against Unjust Enrichment Claims”, *Oxford University Comparative Law, Forum* 4, 2000.

Díaz y García Conlledo, M.: “Cohecho”, en *Enciclopedia penal básica*, Dir. D. M. Luzón Peña, Granada, Gomares, 2002, p. 257.

Díez Ripollés, J.L.: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas”, *Actualidad Penal*, nº 31, 1994, pp.610 y ss.

Douglas, Z.: “Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration”, en *The Law of International Responsibility* J. Crawford et al. (eds.), Oxford University Press, 2010.

Douglas, Z.: “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, British” *Y.B. Int’l L.* No. 74, 2003, pp. 151, 184–93.

El-Kosherie, A. S. y Leboulanger P.: “L'arbitrage face à la corruption et le trafic d'influence”, *Rev. de l'Arb*, No. 3 1984, pp. 3-18.

Enonchong, N.: “Effects of Illegality: A Comparative Study in French and English Law”, *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)* vol. 44, No.1, 1995, p.196.

Entrena Palomero, C.J.: “La función fiscalizadora del tribunal de Cuentas sobre los contratos del Estado y Organismos Autónomos. El tribunal de Cuentas en España”, *Instituto de Estudios Fiscales (IEF)*, vol. I, Madrid, 1982, pp. 471 y 472.

Fadlallah, I.: “L'ordre public dans les sentences arbitrales” , *Recueil des Cours*, vol. 249, 1994, p.402, par. 40.

Fernández Díaz., A.: “¿Puede hablarse de una economía del control?”, *RECE*, vol. 1, nº 1, 1999, pp. 44 y 45.

- Fernández Rozas, J. C.: “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 19, 2005, pp. 55-91.
- Fernández Rozas, J.C.: “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 697–725.
- Fernández Rozas, J.C.: “El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización”, *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, n.º 5, 2000, pp. 161-230.
- Fernández Rozas, J.C. y Artuch Iriberri, E. “Validez y eficacia del convenio arbitral internacional” en *Tratado de Derecho arbitral*. Colección Estudios, Tomo I: El convenio arbitral (2), Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez / Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 745-786.
- Fouchard, P.: “Droit et morale dans les relations économiques internationales”, *Revue des sciences morales et politiques*, 1997, No. 3, pp. 1-27.
- Fouchard, P.: “L’arbitrage et la mondialisation de l’économie”, in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue?*, *Mélanges en l’honneur de Gérard Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, pp. 381-395.
- Foustoucos, A. C.: “Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement”, *J. Int’l Arb.*, vol. 5, n° 1987, pp. 113-129.
- Frouville, O.: “Attribution of Conduct to the State: Private Individuals”, en *The Law of International Responsibility*, J. Crawford et al. (eds.), Oxford University Press, 2010, pp. 257, 263.
- Gans, K. y Bigge, D.: “The Potential for Arbitrators to Refer Suspicions of Corruption to Domestic Authorities”, *Transntl Dispute Management*, 2013, (3)10.
- García Amador, F. V.: “Informe del Proyecto revisado” en el *Anuario de la Comisión de Derecho internacional*, vol. II, 1961 p. 53.
- García Crespo, M.: “El control de la gestión público por el tribunal de Cuentas”, *RECE*, vol. I, n° 3, 1999, p.22.

Giles Wetter, J.: "Issues of Corruption before International Arbitral tribunal: the Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 award in ICC Case n. 1110", *Arb. Int'l*, vol. 10, 1994, p. 277-294.

Giles Wetter, J.: "Issues of Corruption before International Arbitral tribunal: the Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case n. 1110", *Arb. Int'l*, vol. 10, 1994 pp. 277-294, y en p. 278-279.

Gimeno Beviá, J.: "Retos del arbitraje internacional frente a la corrupción", *Revista General de Derecho Procesal*, No. 34, 2014.

Goldamn, B. : "The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective", *International Arbitration, 60 Years of ICC Arbitration, A Look at the Future*, Paris, ICC Publishing, No. 412, 1984, pp. 257-285.

Goldman, B.: " Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", *Recueil des Cours*, 1963, p. 437, par. 47;

González García, L. A.: "Corrupción, lavado de dinero y el arbitraje internacional", *Revista latinoamericana de Derecho comercial internacional*, Vol. 1, No. 1, 2013.

González, J.: "Corrupción y justicia democrática. Introducción a una teoría de la función judicial en las sociedades en cambio", *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, 2000, pp. 160-161.

Greig, D. W.: "Reciprocity, proportionality and the law of treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 34, 1994, p. 295.

Hanotiau, B.: "L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen", *Journ. dr. int.*, 1994, p. 958.

Heuze, V.: "Corruption", en *Rèpertoire de Droit international*, París, Encyclopédie Dalloz, Vol. 1, p.4, par. 22 ff.

Hober, K.: "State Responsibility and Investment Arbitration" *J. Int'l Arb.* 25, 2008, p. 545

- Hwang, M. y Lim, K. "Corruption in Arbitration - Law and Reality" *Asian Int'l Arb. J.*, vol. 8, No. 1, 2012, pp. 1-119.
- Hwang, M. y Lim, K.: "Corruption in Arbitration— Law and Reality", *Asian International Arbitration Journal (AIAJ)*, 2012, pp. 1-81.
- Ibrahim, N.I. "Proof of Corruption in International Commercial Arbitration: A Commentary on the ICC Award 12732 of February 2007", *World Journal of Arbitration*, vol. 5, No. 17, 2013, pp. 801-830.
- Jiménez de Aréchaga, E.: "Commentary to Article 50", *I ILC Yearbook* 2, 1966, p. 142, párrafo. 7
- Jiménez de Aréchaga, E.: "International responsibility", en *Manual of Public International Law*, M. Sørensen (ed.), Londres, Macmillan 1968, p. 533.
- Jun, D.Y.: "Bribery Among the Korean Elite: Putting End to Cultural Ritual and Restoring Honor", *Vand. J. Transnat'l L.*, Vol. 29, 1996, pp. 1071-116
- Jun, D.: "Bribery Among the Korean Elite: Putting End to Cultural Ritual and Restoring Honor", *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 29, 1996, pp. 1990 ss.
- Kahn, P. : "Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce 'international,'" *J.D.I.* ejemplar 303, 1989, p. 318.
- Kaufmann-Kohler, G.: "La anulación de los laudos arbitrales del CIADI en arbitrajes de contratos y tratados: ¿Existen diferencias?", *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, nº 1, 201.
- Kenny, C. y Musatova, M.: "Red Flags of Corruption" in World Bank Projects: An Analysis of Infrastructure Contracts, World Bank.
- Klitgaard, R.: "Estrategias para combatir la corrupción", *ICE*, nº 741, mayo 1995, pp.25-33.
- Kreindler, R. H.: "Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts", London, *ICCA International Arbitration Congress series No 11*. Kluwer International, 2003, p. 8 ff. 205.

Kreindler, R.: "Public Policy and Corruption in International Arbitration: A perspective for Russian Related Disputes", *Arbitration, Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, vol. 72, No. 3, 2006, pp. 245-246

Kreindler, R.H.: "Is the Arbitrator Obligated to Denounce Money Laundering, Corruption of Officials, etc.? The Arbitrator as Accomplice – Sham Proceedings and the Trap of the Consent Award", en *T. H Moran Combating Corrupt Payments in Foreign Investment Concessions: Closing the Loopholes, Extending the Tools*, Washington DC, Center for Global Development, 2008, p. 26.

Lagarde, P. : "Ordre public", *Répertoire de droit international, Encyclopédie juridique* "París, Dalloz, 1998, p. 9, par. 62.

Lalive, P.: "Ordre public Transnational (ou réellement international) et Arbitrage International", *Rev. arb.*, 1986, p. 329.

Lamm, C.B., Pham H. T. y Moloo R.: "Fraud and Corruption in International Arbitration" en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, D. Arias y M.A. Fernández-Ballesteros (ed), Wolters Kluwer, 2010, pp. 699, 703.

Llamzon, A. P. y Sinclair, A.: "Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct", in *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA International Arbitration Congress series No. 18 (Albert Jan van den Berg (ed.), Kluwer, 2014.

Loquin, E. "Les manifestations de l'illicite", en *L'illicite dans le commerce international*, Litec, 1996, pp. 247-278

Lotbinière McDougall, A. de: "International Arbitration and Money Laundering" *American University International Law Review*, vol. 20, nº 5.

Loussouarn Y., Bourel P. y Vareilles-Sommières P.: "L'effet réflexe de l'ordre public" en *Droit international privé*, París, Dalloz, 2013, p. 324

Lowe, V.: "Injuries to Corporations", en *The Law of International Responsibility*, J.Crawford et al. (eds.), Oxford University Press, 2010, pp. 1005, 1015:

- Madrid Juan, M.: "Recomendaciones de la OCDE sobre pagos ilícitos en las transacciones económicas internacionales", *Cuadernos de Información Económica, ICE*, nº 741, mayo 1995, pp.47-54.
- Mantilla Espinosa, F.: "El árbitro y la lucha contra la corrupción en el comercio internacional", *Revista internacional de arbitraje*, vol. 7, 2007, pp. 67-89.
- Marcq, F.: "Corruption in the Business World", en A. Alvazzi Del Frate, G. Pasqua, *Responding to the Challenges of Corruption*, UNICRI- ISPAC- CNPDS, Roma-Milán, 2000, pp. 137-138.
- Martin, A. T.: "International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard", *Transnational Dispute Management* Vol.1, N2, mayo, 2004.
- Martínez Vázquez, F.: "La lucha contra el blanqueo de capitales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 54, 2013-2014, pp. 151-168
- Mayer, P.: "La règle morale dans l'arbitrage international", *Études Offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 379-402.
- Mayer, P.: "Le contrat illicite", *Rev. arb.*, 1984. p. 208.
- McDougall, A.: "International Arbitration and Money Laundering", *American University International Law Review*, vol. 20, No. 5, 2005, pp. 1021-1054.
- Miles, C.: "Corruption, Jurisdiction and Admissibility in International Investment Claims" *J. Int'l Disp.* 2012, 1, pp. 24-5.
- Mills, K.: "Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto", en *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Londres, ICCA Congress Series, No. 11, Kluwer International, 2003, p. 295
- Mourre, A.: "Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator" *Arb. Int'l*, 22 (1), 2006, pp. 95.
- Nadeau-Séguin, S. "Commercial Arbitration and Corrupt Practices: Should Arbitrators be bound by a duty to report corrupt practices?" *Transl Dispute Management* 3, p. 10.

Newcombe, A.: “Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility, or Merits”, en *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Chester Brown and Kate Miles ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 187, 196 y 197.

Nieto de Alba, U.: “Control del sector público: perspectivas de futuro”. *Revista Española de Control Externo* (RECE) vol.1, nº 1, 1999, p. 15.

Nieto Martín, A.: “La corrupción en el comercio internacional” *Revista Penal*, 2003, 12, p. 81.

Olaizola Nogales, I.: “Delitos de corrupción, Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en *Enciclopedia penal básica*, Granada, 2002, p. 479.

Oppetit, B.: “Droit du commerce international et valeurs non-marchandes”, *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1992, pp. 309-319, p. 311.

Oppetit, B.: *Théorie de l'arbitrage*, Paris, P.U.F., 1998 p. 29.

Oppetit, B. : “Droit et modernité”, *Revue internationale de droit comparé* vol. 51, No. 1, 1999, pp. 209-210.

Fouchard, P. : “ Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international ”, en *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 95-115, y pp. 101 ss.

Park, W. W. y Aguilar Alvarez, G.: “The New Face of Investment Arbitration” *Yale. J. Int'l L.* No. 28, 2003, p. 365.

Park, W.W.: “Arbitration’s Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion”, *The 2002 Freshfields Lecture, Arbitration International*, vol. 19, nº 3, 2003, p. 279.

Partasides, C.: “Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* Vol. 25 No. 1, 2010.

- Paulsson, J.: "International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law, International Arbitration 2006: Back to Basics?", *ICCA International Arbitration Congress series* no. 13
- Pellet, A.: "The Definition of Responsibility in International Law", en *The Law of International Responsibility*, J. Crawford et al. (eds.), Oxford University Press, No. 3, 2010, pp. 7-8.
- Pons Mestre, M.: "Auditoría, en Control del Sector Público", *Instituto de Estudios Fiscales* (IEF), Madrid, 1981, pp. 812 - 813.
- Potesta, M.: "*República de Italia c. la República de Cuba*", *Am. J. Int'l L.* No. 106, 2010, p. 341.
- Priles, M.: "Reflections on Transnational Public Policy", *Int. Arb.* vol. 24 No. 1, 2007.
- Torres-Fowler, R. Z.: "Undermining ICSID: How the Global Anti-bribery Regime Impairs Investor-State Arbitration" *Vand. J. Int'l L.* 52, 2012, pp. 995, 1038.
- Raeschke-Kessler, H.: "Some Developments on Arbitrability and Related Issues," en *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*, Albert Jan van den Berg (ed.), Nueva Deli, ICCA Congress Series, No. 10, La Haya, Kluwer Law international, 2001), pp. 44-62, p. 50.
- Raouf, M.A.: "How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues?" *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* vol. 24 No. 1 2009, pp. 106-107.
- Redfern, A. "Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy", en *International Arbitration 2006: Back to Basics?* ICCA International Arbitration Congress, Series no. 13 (Albert Jan van den Berg ed.), Kluwer, 2007, pp. 871-874.
- Reiner, A.: "Burden and General Standards of Proof", *Arb. Int'l* 10(3) 1994, pp. 325,335.
- Reisman, W. M. "Editorial Comment: Harnessing International Law to Restrain and Recapture Indigenous Spoilations" *Am. J. Int'l L.* vol. 83, 1989, p. 56.



Reisman, W. M.: "Folded Lies: Bribery, Crusades, and Reforms", *Free Press*, 1979, p. 38.

Reisman, W. M.: "Folded Lies: Bribery, Crusades, and Reforms", *Free Press*, 1979, p. 96.

Riphagen, W.: "State Responsibility: New Theories of Obligation in Interstate Relations", en *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, R. McDonald y D Johnston (eds.), Martinus Nijhoff, 1983.

Roel Hernández, M.: "El control financiero de las Administraciones Públicas", *Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo* No. 13-14, 1998, pp. 58-64.

Rogers, A. y Launders, R.: "Separability - The Indestructible Arbitration Clause," *Arbitration International*, vol. 10, 1994, pp. 77-90.

Rose, C.: "Questioning the Role of International Arbitration in the Fight Against Corruption" *J. Int'l Arb.* 31, 2014, p. 183.

Rosell, J. y Prager, H. "Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof", *Arb. Int'l*, vol.15, 1999, pp. 329, 348.

Ross, A.: "The Man Behind Kenyan Arbitration" *Global Arb. Rev.*, vol. 20 , enero de 2012.

Rubio Guerrero, R.: "El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje", *Revista del circuito peruano de arbitraje*, No. 4, 2010-2011, pp. 101-112.

Rubio, M.: "La Convención de Palermo contra la delincuencia organizada". *Centro de Publicaciones, Ministerio del Interior, Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 25, 2001 pp. 93-102.

Sacerdoti, G.: "La Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle trasazioni commerciali internazionali", *Riv. ital. dr. proc. pen.*, 1998, vol. 41, Fascicolo 4, pp. 1349-1358.

- Sáez Crespo, A.M.: "Adjudicación fraudulenta de licitación y declinación de jurisdicción del CIADI", *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 2, No. 1, 2009, pp. 191-198.
- Sáez Crespo, A.M.: "Admisión a las Medidas Provisionales contra el Estado de Bolivia y consecuentemente a la solicitud de suspensión del procedimiento penal por fraude y corrupción contra los demandantes (Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún/Estado Plurinacional del Bolivia, Caso CIADI N° ARB/06/2)", *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 3, N° 3, 2010, pp. 811-820.
- Sáez Crespo, A.M.: "Postura adoptada por el tribunal del CIADI ante una alegación de prácticas de corrupción", *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2010.
- Salacuse, J. W.: "The Emerging Global Regime for Investment" *Harv. Int'l L.J.* No. 51, 2010, p. 427.
- Salacuse, J.W. y Sullivan N. P.: "Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain" *Harv. Int'l L.J.* vol. 46, 2005, pp. 67, 67-75.
- Salazar, L.: "Recenti sviluppi internazionali nella lotta alla corruzione (...e conseguenti obblighi di recepimento da parte italiana)", *Cass. Pen.*, vol. XXXVIII, mayo 1998, p. 1529.
- Salmon, J. A. : «Des "mains propres" comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *Annuaire français de droit international*, vol. 10, 1964, p. 225.
- Sánchez Lorenzo, S.A.: "La elección de la Ley aplicable a las obligaciones en el comercio internacional", *Revista de derecho bancario y bursátil*, año nº 14, No. 59, 1995, pp. 703-720.
- Scherer, M.: "Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral tribunals", *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 5, nº 2, 2002, p. 29.
- Schill, S.: "Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration", *Law and Practice of International Courts and tribunals*, vol.11, No. 2, 2012, pp. 281-323.

Shapovalov, A.: "Should a Requirement of "Clean Hands" Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission's Debate", *Am. U. Int'l L. Rev.*, vol. 20, 2005, pp. 830-845.

Sheppard, A.: "Case Comment: Westacre Investments Inc v. Jugoimport-Spdr Holding Co. Ltd. [1998] 3 W.L.R." *International Arbitration Law Review*, 1998, pp. 54-55.

Silva Romero, E. "Breves observaciones sobre el principio "Kompetenz-Kompetenz", en *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Editorial Legis, 2005.

Swadling, W. "The Role of Illegality in the English Law of Unjust Enrichment", *Oxford University Comparative Law, Forum* 4, 2000.

Tams, C.: "Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription", en *The Law of International Responsibility*, J. Crawford et al. (eds.), Oxford University Press, 2010, pp. 1035, 1036.

Tanzi, V.: "Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope And Cures", *Working Paper WP 98/63*, Washington, FMI, mayo de 1998.

Tercier, P.: "La corruption et le droit des contrats", *La semaine judiciaire*, 1999, vol. 121, No. 10, pp. 225-271.

Tirado, J., Page, M. y Meagher, D.: "Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión: los desafíos creados por la creciente convergencia de dos mundos hasta ahora casi separados" *Revista del Club Español del Arbitraje*, Vol. 19, No. 2, 2014, pp. 493-513

Vercher Noguera, A.: "Introducción", en E.A. Fabián Caparrós (Coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, Ratio Legis, 2000, pp. 61-65

Fox, W.: "Adjudicating Bribery and Corruption Issues in International Commercial Arbitration", *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 27 No 3, 2009, p.498.

Wetter, G.: "Issues of Corruption Before International Arbitral tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963

Award in ICC Case No. 1110,” *Arb. In’l.*, vol. 10, 1994, pp. 277-281, p. 280.

Yackee, J.W.: “Investment Treaties and Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States?”, *Virginia J. Int’l L.*, vol. 52, 2012, p. 723.

Yannaca-Small, C.: “Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre” *Ann. fr. dr. int.*, vol. XL, 1994, pp. 792-798.

Zufferey-Werro, J-B.: “Le contrat contraire aux bonnes mœurs“, *Revue internationale de droit comparé* vol. 41 No. 4, 1989, pp. 1083-1084.



## LISTA DE CASOS

- *Abyei Arbitration* (Gobierno del Sudán) *c. Ejército de Liberación del Pueblo de Sudán*, Corte Permanente de Arbitraje, laudo de 22 de julio de 2009.
- Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, (*Nicaragua c. Estados Unidos de América*) 1984, Tribunal Internacional de Justicia, Rep. 392, fallo 27 de junio de 1986.
- *African Holding Co. of America Inc. y Société Africaine de construction au Congo SARL c. República democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/05/21, laudo de 29 julio 2008.
- *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, laudo 9 de abril de 2015.
- Ahmadou Sadio Diallo, (*República de Guinea c. La República Democrática Del Congo*). Fallo de la Corte Internacional de Justicia de 19 de junio de 2012.
- *Apthorp c. Neville & Co.*, (1907) 23. The Times Law Reports (TLR) 575, p. 449.
- Arbitraje Grisbadarna (*Noruega c. Suecia*), Corte Permanente de Arbitraje, p. 527.
- *Azpetrol International Holdings B.V. et al. c. República de Azerbaiyán*, caso CIADI No. ARB/06/15, laudo 8 de septiembre de 2009.
- *B (Children)* [2008] UKHL 35.
- *Bain c. Doctro's Co.* 222 Cal. App. 3d 1048.
- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (*Bélgica c. España*), Corte Internacional de Justicia 1970.
- *Barry c. Stoney Point Canning Co.* (1917) 55 SCR 51.
- *Bater c. Bater* [1950] 2 All E.R. 458.
- *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, laudo, 24 de julio de 2008.
- *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* (Caso. CIADI nº ARB/03/29), Decisión sobre jurisdicción, 14 de noviembre de 2005.
- *Camp c. Mangels* 35 Cal. App. 4th 620.
- Canal de Corfú (*Reino Unido c. Albania*), fallo de 9 abril 1949.

- *Caso CCI No. 1110* de 1963.
- *Caso CCI No. 3913* de 1981.
- *Caso CCI No. 3916* de 1982.
- *Caso CCI No. 4145* de 1983.
- *Caso CCI No. 5622: Caso Hilmarton* de 1988 a 1990.
- *Caso CCI No. 5943 Northrop* de 1990.
- *Caso CCI No. 6248* de 1990.
- *Caso CCI No. 6401* Caso “Westinghouse de 1991.
- *Caso CCI No. 6474* de 1992.
- *Caso CCI No. 6497* de 1994.
- *Caso CCI No. 7047* de 1994, caso Westacre.
- *Caso CCI No. 8891* de 1998.
- *Caso CCI No. 9333* de 1998.
- *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru, (Nauru c. Australia)*, CIJ, (excepciones preliminares) fallo 26 de junio de 1992.
- *Ciudadanos Unidos c. Comisión de Elecciones Federales*, 558 U.S. 8 (2010).
- *Ecuador c. Estados Unidos*, Corte Permanente de Arbitraje, sobre el caso de inversión administrada entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América en virtud del Tratado Bilateral de Inversiones; p. 456
- *EDF (Services) Ltd c. Rumania*, caso CIADI No. ARB/05/13, laudo de 8 de octubre de 2009.
- *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Estados Unidos c. Italia*, fallo de la Corte Internacional de justicia de 20 de julio de 1989.
- *Estate of Jean-Baptiste Caire (Francia c. Estados Mexicanos)*, 5 R.I.A.A. 516 (1929).
- *Fiona Trust & Holding Corporation y otros c. Yuri Privalov y otros* [2007] UKHL 40, fallo de 24 de enero de 2007.
- *Flughafen Zürich c. Venezuela*, caso CIADI No. ARB/10/19, de noviembre de 2014.
- *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Republic of the Philippines*, CIADI caso No. ARB/03/25, laudo de 16 agosto 2007; decisión de anulación, 23 diciembre 2010.
- *F-W Oil Interests Inc. c. República de Trinidad y Tobago*, caso CIADI No. ARB/01/14, laudo de 3 de marzo de 2006.
- *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia)*, Corte Internacional de Justicia, fallo de 25 de septiembre de 1997.
- *Grynberg Rachel S., Grynberg Stephen M, Grynberg Miriam Z., y RSM Production Corporation. c. Estado de Granada*, caso CIADI No. ARB/10/6, laudo, 10 de diciembre de 2010.
- *Hamester c. República de Gana*, caso CIADI No. ARB/07/24, fallo, 18 de junio de 2010.
- *Harry Parker c. Mason* [1940] 2 K.B. 590.

- *Himpurna California Energy Ltd (Bermudas) c. P.T. (Persero), Perusahaan Listrik Negara (Indonesia)*, arbitraje Ad hoc, CNUDMI, laudo final, 4 de mayo de 1999; 14 Mealey's Int'l Arb. Rep. 14.
- *Holman c. Johnson* (1775) 1 Cowp 341.
- *Honeywell c. Meydan Group, caso de arbitraje Centro Internacional de Arbitraje de Dubái* (DIAC) Caso 201/2010 y Caso 18/2012.
- *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Peru, S.A. c. República del Perú*, caso CIADI No. ARB/03/4 (también conocido como: Industria Nacional de Alimentos, A.S. e Indalsa Perú S.A. c. República del Perú).
- *European Gas Turbines c. Westman International Ltd*, Corte de Apelación de París, 30 de septiembre de 1993.
- *Faisal Attiyah Nassar Al-Saadoon, Khalaf Hussain Mufdhi* (Al-Saddoon) *c. Secretaría de Estado de Defensa* [2009] EWCA Civ 7; [2010] Q.B. 486.
- *Inceysa Vallisoletana, S.L. c. República de El Salvador* caso CIADI No. ARB/03/26, laudo, 2 de agosto de 2006.
- *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A. c. República de Perú*, caso CIADI No. ARB/03/4, laudo, 7 de febrero de 2005; decisión de anulación, 5 de septiembre 2007.
- *Lanco International Inc. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión Preliminar del Tribunal, 8 de diciembre de 1998, en *International Legal Materials*, vol. 40, 2001.
- *Lemenda Trading Co. Ltd c. African Middle East Petroleum Co. Ltd* [1988] 1 Q.B. 428.
- *Maffezini, Emilio Agustín c. el Reino de España*, caso CIADI No. ARB/97/7, decisión de objeción a la jurisdicción, 25 enero 2000.
- *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. Gobierno de Malaysia*, caso CIADI No. ARB/05/10, decisión de aplicación de anulación, 16 de abril de 2009.
- *Metal-Tech Ltd c. República de Uzbekistán*, caso CIADI No. ARB/10/3, laudo, 4 octubre 2013.
- *Methanex Corporation c. Estados Unidos de America*, arbitraje celebrado bajo las reglas de UNCITRAL, laudo, 3 de agosto de 2005.
- *Micula Ioan, Micula Viorel, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/20, fallo, 11 diciembre 2013.
- *Miller c. Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372.
- *Moses c. México* (México c. Estado Unidos de América), [1871] 3 Moore International Arbitrations 3127.
- *Niko Resources (Bangladés) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited («Bapex»)*, y *Bangladesh Oil, Gas and Mineral Corporation*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre la jurisdicción, 19 de agosto de 2013), párrafo 476-82.



- *Parkinson c. College of Ambulance Ltd* [1925] 2 K.B. 1.
- *Petrolane Inc. c. República de Irán*, caso 131, Iran-United States Claims Tribunal (IUSCT), Reports, Cambridge, Grotius, vol. 27, 1992, p. 64; *Phoenix Action Ltd c. República Checa* caso CIADI No. ARB/06/5, laudo, 15 de abril de 2009.
- *Plataformas Petroleras, República Islámica de Irán contra los Estados Unidos de América*, Fallo del Tribunal Internacional de Justicia de 6 de noviembre de 2003.
- *Raymond Gosset c. Frère Carapelli SpA*, caso francés de la Cour de Cassation, Sala primera de lo Civil, fallo, 7 de mayo de 1963, *Journ. dr. int.* 1964.
- *Rompetrol c. Rumanía*, caso CIADI No. ARB/06/3, laudo 6 de mayo de 2013.
- *RSM Production Corporation y otros c. Granada*, caso CIADI No. No. ARB/10/6, laudo, 10 de diciembre de 2010.
- *Salini Costruttori SPA e Italstrade SPA c. Reino de Marruecos*, caso CIADI No. No. ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción, 23 de julio de 2001, 42 I.L.M.
- *Sedelmayer c. Federación Rusa*, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, laudo de 7 de julio de 1998.
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/02/6, decisión sobre jurisdicción, 29 de enero de 2004.
- *Shaikh Faisal como Gibca c. Swan Hunter Singapore Pte Ltd* [1995] 1 SLR 394.
- *Siag y Vecchi c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/05/15, laudo, 1 de junio de 2009.
- *Siemens A.G. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/8, decisión sobre jurisdicción 3 de agosto de 2004, laudo, 6 de febrero de 2007.
- *Société d'Investigation de Recherche et d'Exploitation Minière c. Burkina Faso*, caso CIADI No ARB 97/1, de 19 de enero de 2000.
- *Société Omenex c. M. Hugon*, Corte de casación, 25 de octubre de 2005, 1re civ., arrêt n° 1389, Rev. Arb. 2006, 103.
- *Southern Pacific Properties c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/84/3, laudo de 20 mayo de 1992.
- *SPP c. Egipto*, Vid. *Southern Pacific Properties c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/84/3.
- *Tanzania Electric Supply Company (TANESCO) c. Independent Power Tanzania Limited (IPTL)*, caso CIADI No. ARB/10/20 de 2010.
- *Thunderbird Gaming Corp. c. México*, TLCAN, arbitraje bajo las reglas de CNUDMI, laudo, 26 de enero de 2006.
- *Tinsley c. Milligan* [1993] UKHL 3.

- *Tokios Tokelés c. Ucrania*, caso CIADI No. ARB/02/18, decisión en jurisdicción, 29 de abril de 2004.
- *Trendtex Trading Corporation Ltd c. Banco Central de Nigeria* [1977] 1 All E.R. 881, 889–90.
- *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/05/5, laudo de 19 de diciembre de 2008.
- *Wena Hotels Ltd c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI, ARB/98/4, laudo de 8 de diciembre de 2000.
- *Westacre Investments Inc c. Jugoiimport-SPDR Holding Co. Ltd y otros* [2000] 1 QB 288, [1999] 3 All ER 864.
- *Westinghouse and Burns & Roe (USA) c. National Power Company y la República de Filipinas*, también conocido como el caso CCI no. 6401, laudo de 19 de diciembre de 1991.
- *World Duty Free Co. Ltd c. República de Kenia*, caso CIADI No. ARB/00/7, laudo de 4 de octubre de 2006.
- *Yukos c. Federación Rusia*, Tratado de Energía, Corte Permanente de Arbitraje caso No. AA227.